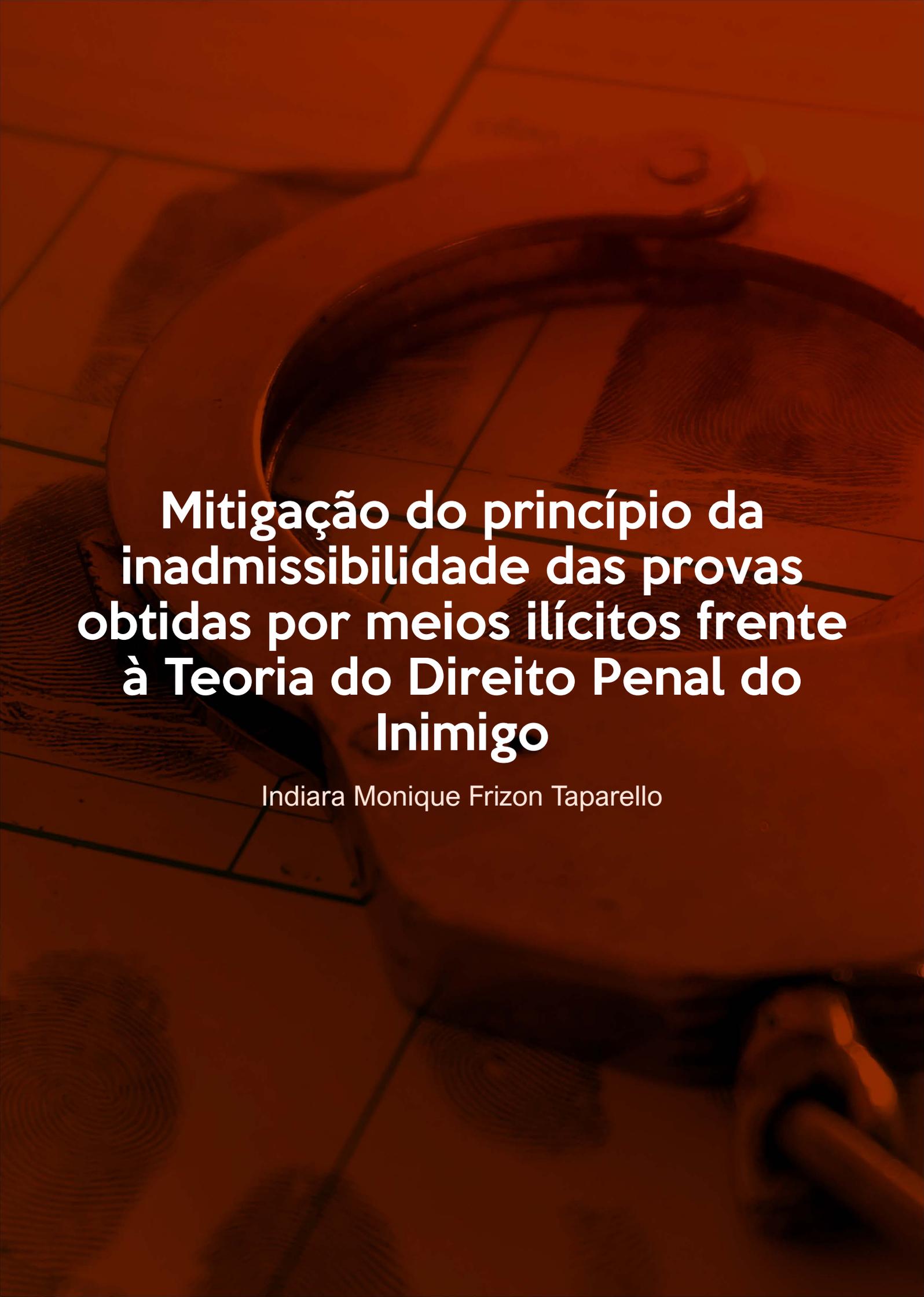


Indiara Monique Frizon Taparello

**Mitigação do princípio da
inadmissibilidade das provas obtidas
por meios ilícitos frente à
Teoria do Direito Penal do Inimigo**



AYA EDITORA
2023

A magnifying glass is positioned over a fingerprint on a tiled floor. The entire image has a dark orange, monochromatic color scheme. The text is centered over the magnifying glass.

Mitigação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos frente à Teoria do Direito Penal do Inimigo

Indiara Monique Frizon Taparello

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Autora

Indiara Monique Frizon Taparello

Capa

AYA Editora

Revisão

A Autora

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Direito

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

Faculdade Santa Helena

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

Universidade Federal de Roraima

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues

Universidade Norte do Paraná

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa

Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes

Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes

Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus Parauapebas

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira

Instituto Federal do Acre

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail

Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

Universidade Federal do Piauí

Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros

Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda

Santos

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues

Instituto Federal de Santa Catarina

© 2023 - AYA Editora - O conteúdo deste Livro foi enviado pela autora para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (CC BY 4.0). As ilustrações e demais informações contidas neste Livro, bem como as opiniões nele emitidas são de inteira responsabilidade de sua autora e não representam necessariamente a opinião desta editora.

T172 Taparello, Indiará Monique Frizon

Mitigação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos frente à teoria do direito penal do inimigo [recurso eletrônico]. / Indiará Monique Frizon Taparello. -- Ponta Grossa: Aya, 2023. 80 p.

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-194-7

DOI: 10.47573/aya.5379.1.106

1. Direito penal - Brasil. 2. Processo penal - Brasil. I. Título

CDD: 345.8106

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

**International Scientific Journals Publicações
de Periódicos e Editora EIRELI**

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

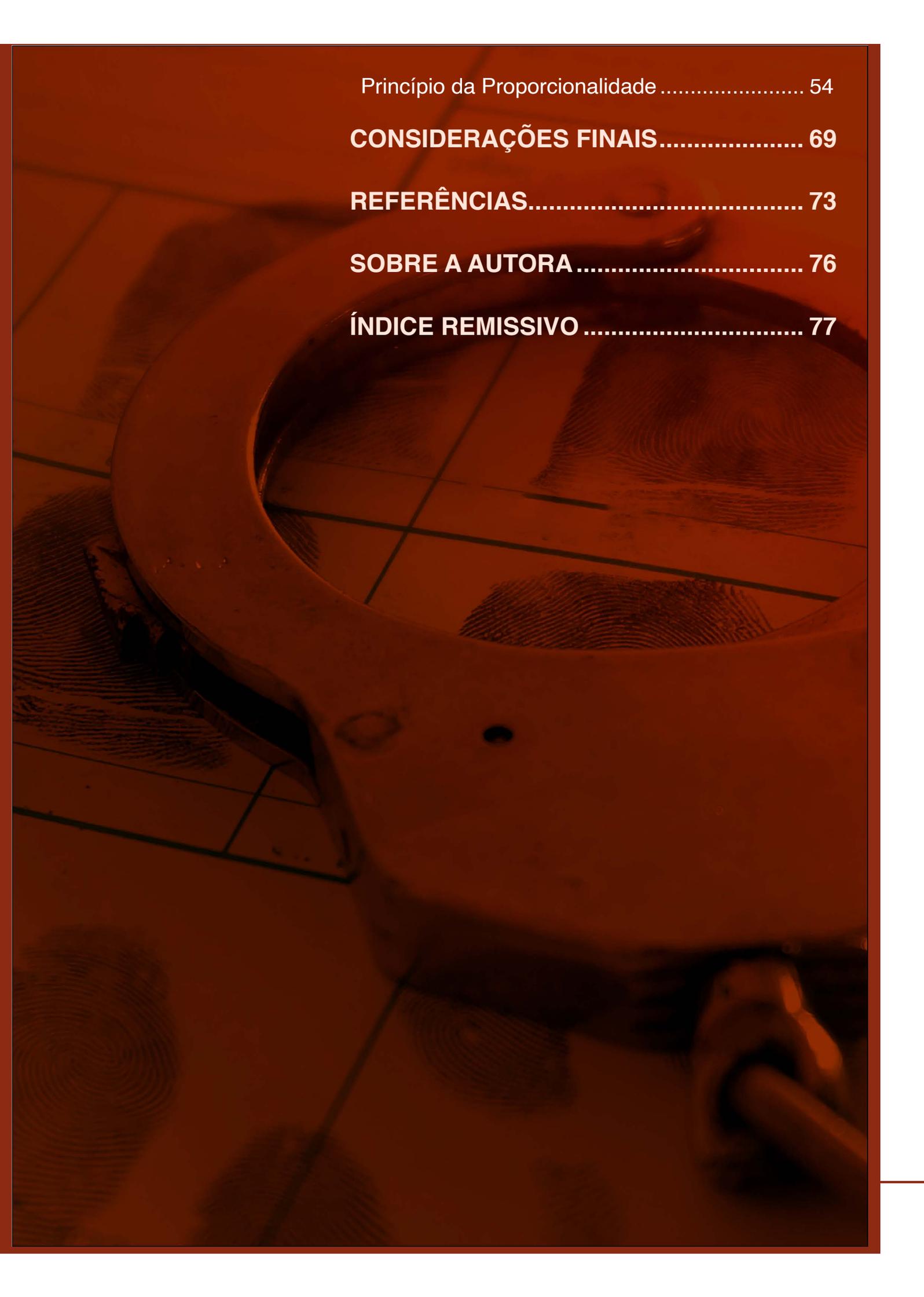
E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557
Ponta Grossa - Paraná - Brasil
84.071-150

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	8
INTRODUÇÃO	9
A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	11
Esclarecimentos iniciais	11
Evolução Doutrinária do Direito Penal	14
A proposta de Günther Jakobs	20
Os fundamentos jusfilosóficos do discurso	26
Efeitos da aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo	28
A PROVA NO PROCESSO PENAL.....	31
Noções Gerais	31
Objeto, Meios e Classificação da Prova	33
Distribuição do ônus da Prova	35
Princípios relacionados à produção probatória....	38
MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS.....	42
Aspectos Fundamentais	42
O Princípio da Inadmissibilidade das Provas obtidas por Meios Ilícitos	44
O Princípio da Proporcionalidade	49
A utilização da Prova Ilícita em favor do réu diante do Princípio da Proporcionalidade	51
A utilização da Prova Ilícita <i>pro societate</i> diante do	



Princípio da Proporcionalidade 54

CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 69

REFERÊNCIAS..... 73

SOBRE A AUTORA 76

ÍNDICE REMISSIVO 77

Apresentação

O presente estudo propõe discutir sobre a mitigação do Princípio da Inadmissibilidade das Provas obtidas por meios ilícitos frente à Teoria do Direito Penal do Inimigo. Como metodologia, o relato desta análise, em três capítulos, lida com as novas posturas doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas adotadas em relação às provas ilícitas no processo penal, trabalhando os principais fundamentos que ensejam essas novas perspectivas. Portanto, é no campo da abordagem dedutiva que se desenvolve a pesquisa. Uma discussão acerca das generalidades da Teoria do Direito Penal do Inimigo, presente no primeiro capítulo, concentra as discussões sobre os fundamentos jusfilosóficos e os principais efeitos da referida teoria. No segundo capítulo, direciona-se o estudo para compreensão da prova no processo penal, especialmente sobre o objeto, meios e classificação da prova, para se chegar, finalmente, à compreensão do panorama relacionado à distribuição do ônus da prova e aos princípios aplicáveis à temática. No terceiro capítulo, um estudo das novas posturas doutrinárias e jurisprudenciais sobre a mitigação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, analisadas, finalmente, à luz das vertentes que caracterizam o Direito Penal do Inimigo. O princípio da Proporcionalidade surge como principal instrumento de mensuração desta colisão, apresentado como forma de ponderar a aplicabilidade jurídica dos institutos.

Indiara Monique Frizon Taparello

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute sobre a possibilidade de mitigação do Princípio da Inadmissibilidade das Provas obtidas por meios ilícitos frente à Teoria do Direito Penal do Inimigo.

O ordenamento jurídico brasileiro disponibiliza vários mecanismos de produção de prova, cuja finalidade é possibilitar a ampla comprovação dos fatos alegados ao longo da instrução probatória.

Sob essa perspectiva, o constituinte originário de 1988 não olvidou em deixar expresso, no texto maior (que ocupa o ápice da pirâmide Kelseniana), que essa produção probatória deve ser limitada, ou seja, que não são todas as provas materiais e meios procedimentais que serão admitidos em um processo. E a razão de ser é simples: a existência de direitos e garantias fundamentais, que se apresentam como verdadeiro “filtro de admissibilidade”.

Diante disso, surge o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que encontra guarida no art. 5º, LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assim como no art. 157 do Código de Processo Penal. Ocorre que, além das hipóteses legais que excepcionam a utilização das provas ilícitas, as quais se expressam pelas Teorias da Fonte Independente e da Descoberta Inevitável, outras exceções vêm sendo apresentadas pela doutrina e jurisprudência.

Este trabalho terá como escopo a análise dessa nova modulação principiológica, a fim de compreender as hipóteses de mitigação apresentadas pela doutrina e jurisprudência, utilizando como baliza paralela o estudo da Teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida por Günther Jakobs.

Quanto à metodologia, para a construção dos argumentos, o estudo foi dividido em três capítulos de desenvolvimento. No primeiro capítulo, para

realizar as considerações gerais sobre a Teoria do Direito Penal do Inimigo, perpassando pelos fundamentos jusfilosóficos que sustentam tal teoria, assim como os principais efeitos de sua aplicação.

Prosseguindo, no segundo capítulo, a abordagem será destinada à prova no processo penal, como forma de compreender as dimensões características da modalidade probatória. Para tanto, inicia-se o estudo com uma abordagem expositiva e conceitual sobre as noções gerais da prova no processo penal, perpassando para análise do objeto, meios e classificação da prova, para se chegar, finalmente, à compreensão do panorama relacionado à distribuição do ônus da prova e aos princípios aplicáveis à temática.

Fixadas essas premissas, no terceiro capítulo será apresentada a nova postura doutrinária e jurisprudencial sobre a temática, que acaba mitigando o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Além disso, também será verificada a (im)possibilidade de tal manifestação exprimir traços característicos da Teoria do Direito Penal do Inimigo.

Outrossim, neste último capítulo, serão expostos os posicionamentos favoráveis e contrários à admissibilidade das provas ilícitas em favor do réu e em favor da sociedade, à luz das determinações do Princípio da Proporcionalidade, visualizado a partir da necessidade e adequação da medida.

Com essas considerações, o intuito da pesquisa é o de que, a partir do enfrentamento da matéria, bem como, por meio da visualização de algumas decisões proferidas pelos Tribunais, este estudo possa colaborar de alguma maneira com as discussões levantadas.

A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Este primeiro capítulo inicia-se com esclarecimentos iniciais sobre a importância do Direito Penal no ordenamento jurídico, perpassando pela discussão sobre a evolução doutrinária do referido ramo, a fim de compreender as diversas correntes que surgiram ao longo do tempo. Após, serão tecidos comentários sobre os fundamentos jusfilosóficos que sustentam a Teoria do Direito Penal do Inimigo, assim como os principais efeitos de sua aplicação.

Esclarecimentos iniciais

Cumprindo observar, preliminarmente, que o Direito Penal ocupa posição fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que fixa parâmetros de conduta para os cidadãos. Ao incidir no tipo penal incriminador, surge para o Estado o direito de punir, consubstanciado nas penas previamente fixadas pela Constituição da República de 1988¹.

Neste contexto, surge o Direito Processual Penal como forma de fixar parâmetros mínimos e máximos de processamento desse “direito de punir”. Ademais, não seria razoável conceder ao Estado poder ilimitado sobre o jurisdicionado, na clara tentativa de se evitar abusos, bem como garantir os direitos de primeira (liberdade) e segunda (igualdade) geração estabelecidos no Texto Constitucional.

Os diversos direitos e garantias individuais possuem características marcantes. Dentre eles está a historicidade, que revela a conquista mediante processo histórico, registrado por meio de incessantes batalhas. É exatamente esse traço marcante dos direitos humanos, a nível internacional, consubstanciado na Declaração Universal dos Direitos Humanos² e demais instrumentos que

1 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 14 fev. 2023.

2 Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em 14 fev. 2023.

compõe o Sistema Global de proteção.

Os direitos humanos ganham nova roupagem, no âmbito interno, por meio de mecanismos criados pelo constituinte originário de 1988. Aqui, passam a ser chamados de direitos fundamentais, que possuem valor e importância inestimável no Estado Democrático de Direito.

É digno de nota as palavras de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, que formulam críticas sobre a sistematicidade de tais direitos, estabelecendo que “*a sedes materiae* é o Título II, que trata ‘Dos direitos e garantias fundamentais’, regulamentando os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos, assim como as respectivas garantias”³.

Por tais razões, o legislador infraconstitucional deve limitar seu âmbito material de atuação aos parâmetros principiológicos e normativos fixados constitucionalmente, sob pena de esbarrar em futuro controle de constitucionalidade. Assim, toda e qualquer norma que esteja em desconformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil deve ser afastada do ordenamento jurídico.

A partir do momento em que a Constituição Federal ganha status de norma superior, ocupante de posição privilegiada em uma pirâmide normativa (conforme proposto por Hans Kelsen), é presumidamente razoável que o próprio ordenamento jurídico crie mecanismos que garantam/confirmem esta qualidade. Do contrário, corre-se o risco de tornar inócua tal previsão.

Conforme ministrado pelo doutrinador Paulo Roberto de Figueiredo Dantas⁴, Hans Kelsen “nos trouxe a ideia da existência de um escalonamento de leis, de uma verdadeira hierarquia entre as normas que compõem a ordem jurídica de um Estado, na qual as de hierarquia inferior extraem seu fundamento

3 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 32.

4 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7 ed. Martins Fontes, 2006, apud, DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

de validade das normas superiores”.

Nesta perspectiva, Dirley da Cunha Junior lembra que “a supremacia da Constituição é a base de sustentação do próprio Estado Democrático de Direito, seja porque assegura respeito à ordem jurídica, seja porque proporcionar a efetivação dos valores sociais”⁵.

Nesta perspectiva, não restam dúvidas de que a Constituição Federal possui verdadeira supremacia sobre as demais leis. Entretanto, tem-se verificado, não raras vezes, o legislador infraconstitucional desrespeitando tal posição, na medida em que edita normas contrárias aos preceitos constitucionais.

Em verdade, é preciso reconhecer que a Constituição da República nem sempre consegue acompanhar as mudanças sociais, razão pela qual não seria prudente aceitar o enrijecimento das cláusulas ali contempladas. As lições consagradas na Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale, estão claramente presentes nesta perspectiva.

Assim, várias “exceções” vem sendo criadas ao Texto Constitucional, sob o principal fundamento de que não existe Direito Fundamental absoluto, devendo ser analisado o caso concreto como melhor forma de resolução do conflito. Tal assertiva se faz presente, em especial, nos processos criminais, que acabam expondo vários direitos consagrados pela Magna Carta.

A questão que se impõe nesta discussão, é analisar a verdadeira motivação de tais posicionamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais. Ou seja, será que tais decisões são livres de quaisquer resquícios jusfilosófico? Optou-se por trazer à baila a teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida pelo professor Günther Jakobs, por se tratar de um estudo polêmico que revela, em sua proposta, a criação de duas categorias distintas de seres humanos. Aqui, a pena criminal é apresentada como principal instrumento na luta contra a

⁵ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 218.

criminalidade.

Na lição de Eugênio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, “a pena delimita o horizonte de projeção do direito penal”⁶. Definir o que é “pena” não é tarefa fácil, na medida em que foram enunciadas numerosas teorias, que apresentam perspectivas diferentes. Não há dúvidas de que a história da pena (e do próprio Direito Penal) se confunde com a história da humanidade.

Como ressalta Cezar Roberto Bitencourt, “quem quer se proponha a aprofundar na História da pena corre o risco de equivocar-se a cada passo”⁷.

É preciso reconhecer que, desde os tempos mais primitivos, a pena sempre foi um dos mecanismos de controle utilizados pelo poder soberano, ganhando novos contornos ao longo dos anos. Projetou-se nos Povos Primitivos, na Idade Antiga, Idade Média e Idade Moderna.

A aplicação e execução da pena criminal é monopólio estatal, sendo apresentada como reflexo da opção política. Nesta perspectiva, Rodrigo Duque Estrada Roig lembra que “mostra-se estreita a vinculação entre pena, forma de governo e regime de governo, senda carreto afirmar que a conexão entre Estado e Direito Penal semente pode ser feita por meio da Constituição vigente em cada momento”⁸.

Evolução Doutrinária do Direito Penal

Como todo e qualquer ramo da ciência jurídica, o Direito Penal também se apresenta na história sob diversos ângulos, visto que seus traços característicos são adaptados conforme as necessidades sociais.

As novas definições do Direito Penal surgem a partir de contribuições

6 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. et al. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v.1, p. 91.

7 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral. Volume 1*. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 587.

8 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.18.

de diversos setores da ciência, em especial do trabalho desenvolvido pelos doutrinadores. Este ramo tutela os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, em clara sintonia com o princípio da fragmentariedade.

A doutrina majoritária propõe esse estudo a partir da análise do Positivismo Jurídico, passando pelo Neokantismo Penal, Garantismo Penal e Funcionalismo Penal, finalizando com novas propostas para enfrentamento da criminalidade.

Acerca do assunto, salienta Cleber Masson que o Positivismo Jurídico “encontra sua origem na Alemanha, com os estudos de Karl Binding, em sua obra *Die Normen und ihre Ubertretung*, maior expoente do positivismo jurídico, que triunfou no século XIX”⁹. Esse segmento doutrinário apresentava apreço pela cientificidade, oportunidade em que eram excluídos os juízos de valor.

O autor acima citado ainda lembra que o Positivismo Jurídico conferiu tratamento “exageradamente formal ao comportamento humano definido como delituoso, de forma que a conduta seria um mero movimento corporal que produz uma modificação no mundo exterior”¹⁰. Além disso, buscou-se aplicar os métodos científicos utilizados nas outras ciências.

Em consonância com o atacado, os doutrinadores Luiz Flávio Gomes, Antonio García-Pablos de Molina e Alice Bianchini salientam que:

O Direito Positivo estuda-se em si mesmo, separado do resto da realidade, isolado desta, como se fosse uma realidade independente. Com o que acaba por se transformar em um formalismo normativista, que se ocupa exclusivamente da norma, afastando-se o jurista (completamente) do social e do valorativo. Em um mimetismo fiel aos métodos próprios das ciências da natureza, procura-se apenas a ligação formal dos conceitos jurídico-positivos; com base neles, por indução, constrói-se o sistema; depois podem ser extraídos novos conceitos e se obter as lógicas consequências por via dedutiva, fechando-se assim o ciclo: indução-dedução, que caracteriza todos os métodos das ciências experimentais.¹¹

⁹ MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquemático: parte geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 93.

¹⁰ MASSON, Cleber. *Op. cit.*, p. 94.

¹¹ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal: introdução e princípios fundamen-*

Em complemento, Eugênio Raúl Zaffaroni destaca os principais pontos da crise que assolou o positivismo, como a crise econômica de 1890 (colocou em dúvida a linearidade do progresso), a guerra mundial de 1914-1918 (na qual a Europa perdeu a primazia até então indiscutível), bem como as transformações ocorridas na física (distinção entre o tempo existencial e o tempo físico)¹².

Assim, verifica-se que essa doutrina se utiliza da investigação experimental dos fenômenos que compõe esse ramo do direito, excluindo-se os juízos de valor e dando prevalência para os juízos de realidade. Deixam-se de lado as influências sociológicas, filosóficas e psicológicas, para se valorizar o Direito Positivo propriamente dito.

Já no final do século XIX surge o Neokantismo Penal, que possui muitas semelhanças com a doutrina acima destacada, entretanto, apresenta particularidades. Seus principais representantes foram Rudolf Stammler e Gustav Radbruch.

Conforme destacado por Cleber Masson, os “positivistas atribuíam prioridade ao ser do direito, ao passo que os neokantistas propunham um conceito que supervaloriza o dever ser, mediante a introdução de considerações axiológicas e materiais”¹³. Verifica-se que os métodos utilizados são diferentes, na medida em que esta doutrina analisa os fenômenos além da definição formal consagrada pelo Direito Positivo. O método puramente formal utilizado pelos positivistas já não satisfaz mais os anseios dos estudiosos, que passaram a se preocupar com os fins da conduta.

O referido doutrinador ainda lembra que “esta teoria permitiu graduar o injusto de acordo com a gravidade da lesão produzida”¹⁴. A conduta deixou de ser um mero movimento corporal desprovido de análise. Conforme apontamentos

tais. São Paulo: RT, 2007. v. 1, p. 131.

¹² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *et al. Op. cit.*, p. 587/588.

¹³ MASSON, Cleber. *Op. cit.*, p. 94.

¹⁴ *Ibidem.*

de Jesús-María Silva Sánchez, citada por Cleber Masson, sobre o neokantismo penal:

No marco estrito da teoria do delito, permite fundamentar a introdução de elementos valorativos na causalidade (antes física), de elementos subjetivos no tipo (antes objetivos), de considerações materiais na ilicitude (antes basicamente formal) e normativa na culpabilidade (antes entendida como relação de causalidade psicológica).

Uma teoria dogmática que conseguiu elaborar os princípios materiais regulatórios da ilicitude no Direito Penal e deles extrair a fundamentação de possíveis causas supraleais de justificação, uma teoria que construiu o princípio da inexigibilidade no âmbito da culpabilidade, constitui provavelmente algo mais que um mero complemento do positivismo.¹⁵

Importante trazer à baila os ensinamentos de Eugênio Raúl Zaffaroni, que assim conclui:

O que se extrai dessa teoria é uma certa limitação da potestade repressiva penal; no entanto, não configura ela uma concepção jusnaturalista em sentido estrito, motivo pelo qual a caracterizam – não sem razão – como um direito natural negativo, que serve para indicar o que não é direito, sem pretender de modo algum determinar perfeitamente como deve ser o direito.¹⁶

Em seguida, o estudo é projetado para a compreensão do Garantismo Penal, cujo desenvolvimento teórico ficou à cargo do jusfilosofo italiano Luigi Ferrajoli (na obra “Direito e razão”). Inicialmente, é preciso atenção para a nomenclatura proposta, que traz a lembrança de valorização das “garantias” contempladas aos cidadãos. É exatamente essa a perspectiva seguida pela referida doutrina, na verificação de uma linha tênue entre a atuação/arbítrio estatal e a esfera de liberdade do indivíduo.

O garantismo deve ser verificado sob o manto do conceito de Estado Democrático de Direito, visto que todo o processo de implantação das medidas fica à cargo do Estado. Em verdade, trata-se de um direito penal mínimo que deve ser concedido aos cidadãos, na medida em que se espera menos ingerência

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo. Reimpresión. Barcelona: J.M. Bosch, 2002, p. 57, apud, MASSON, Cleber. Op. cit., p. 95.*

¹⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *et al. Op. cit., p. 621.*

estatal.

Lembra Cleber Masson que Ferrajoli assenta seu sistema garantista em dez princípios axiológicos fundamentais:

- 1) Nulla poena sine crimine: princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;
- 2) Nullum crimen sine lege: princípio da reserva legal;
- 3) Nulla lex (poenalis) sine necessitate: princípio da necessidade ou da economia do direito penal;
- 4) Nulla necessitas sine injuria: princípio da lesividade ou da ofensividade do resultado;
- 5) Nulla injuria sine actione: princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;
- 6) Nulla actio sine culpa: princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;
- 7) Nulla culpa sine judicio: princípio da jurisdicionalidade;
- 8) Nullum judicium sine accusatione: princípio acusatório ou da separação ente o juiz e a acusação;
- 9) Nulla accusatio sine probatione: princípio do ônus da prova ou da verificação;
- 10) Nulla probatio sine defensione: princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.¹⁷

Diante das questões acima explanadas, verifica-se que a Constituição da República de 1988, garantista em sua essência, adotada o ideal desenvolvido por Luigi Ferrajoli, como forma de se evitar abusos por parte do Estado. Todavia, a materialização dessas garantias ainda está longe de alcançar a sua completude, visto que o trabalho deve ser desenvolvido desde a atividade legislativa até o acompanhamento da execução penal.

Em sequência, tem-se a doutrina do Funcionalismo Penal, iniciada na Alemanha em meados de 1970. Cleber Masson menciona que a proposta era “abandonar o tecnicismo jurídico no enfoque de adequação típica, possibilitando ao tipo penal desempenhar sua efetiva função de mantenedor da paz social e

¹⁷ MASSON, Cleber. *Op. cit.*, p. 95/96.

aplicador da política criminal”¹⁸.

A própria nomenclatura já indica o objetivo principal do seguimento doutrinário, qual seja, possibilitar o funcionamento da sociedade. Aqui, valoriza-se a funcionalidade, não a letra fria da lei. O operador do direito deve priorizar a mens legis, a fim de extrair o real sentido da norma. Entretanto, limites são fixados nesse momento, razão pela surgem dois seguimentos, conforme pontuado por Cleber Masson: 1) funcionalismo moderado, idealizado por Claus Roxin (Escola de Munique), que se preocupava com os fins do Direito Penal; e 2) funcionalismo radical ou sistêmico, liderado por Günther Jakobs (Escola de Bonn), que se preocupava com os fins da pena¹⁹.

E, neste sentido, acrescenta o mesmo autor que:

Sustenta o funcionalismo que a dogmática penal deve ser direcionada à finalidade precípua do Direito Penal, ou seja, à política criminal. Essa finalidade seria a reafirmação da autoridade do Direito, que não encontra limites externos, mas somente internos (Günther Jakobs) ou então a proteção de bens jurídicos indispensáveis ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, respeitando os limites impostos pelo ordenamento jurídico (Claus Roxin).²⁰

Eugênio Raúl Zaffaroni sintetiza que “a partir da sociologia desenvolveu-se um discurso que logo passou para a criminologia e daí para a dogmática jurídico-penal, até ganhar cor nesta boa parte do pensamento penal pós-welzeliano”²¹. Em verdade, tratava-se do “renascimento das concepções orgânicas da sociedade na forma de sociologia e funcionalismo sistêmicos”²².

Nesta linha, Cleber Masson lembra que para Jakobs, “Direito Penal está determinado pela função que cumpre no sistema social, e inclusive o próprio Direito Penal é considerado um sistema autônomo, autorreferente e autopoietico”²³. Assim, os dois pilares básicos que fundamentam a doutrina do

¹⁸ *Ibidem*, p. 96.

¹⁹ MASSON, Cleber. *Op. cit.*, p. 97.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *et al. Op. cit.*, p. 621.

²² *Ibidem*.

²³ MASSON, Cleber. *Op. cit.*, p. 98/99.

funcionalismo sistêmico assentam-se na função preventiva geral positiva atribuída à pena e pelas normas jurídico-penais como objeto de proteção²⁴. Quando há o descumprimento da norma penal, o sujeito deve ser eficazmente punido.

As premissas sobre as quais se funda o funcionalismo sistêmico deram ensejo a Teoria do Direito Penal do Inimigo, citada pelo doutrinador Rogério Sanches Cunha como aquela que cuida de maneira própria o “infiel ao sistema, aplicando-se lhe não o Direito, ‘vínculo entre pessoas que, por sua vez, são titulares de direitos e deveres’, mas sim a coação, repressão necessária àqueles que perderam o seu status de cidadão”²⁵.

O presente estudo será direcionado, inicialmente, para compreensão dos principais aspectos caracterizadores da Teoria do Direito Penal do Inimigo, que é objeto de várias indagações.

A proposta de Günther Jakobs

A questão que se impõe no presente estudo, justifica-se a partir das premissas fixadas na Constituição da República de 1988. Conforme explanado no primeiro tópico, não restam dúvidas de que a Magna Carta possui cunho garantista, na medida em que fixa limites ao poder do Estado.

Ademais, é compreensível a razão pela qual a Magna Carta contemplou tantos direitos, considerando que foi elaborada logo após um período de forte reprimenda social²⁶. Eis a razão que impulsionou a modificação do panorama constitucional.

Assim, não se pode perder de vista o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, contemplado em vários documentos internacionais, tanto no sistema

²⁴ *Ibidem*, p. 99.

²⁵ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 35.

²⁶ “A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito”. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 324.

global quanto nos sistemas regionais de proteção.

Conforme consignado por Bernardo Gonçalves Fernandes, “Alexy afirma existir uma dimensão de peso entre os princípios – que permanece inexistente nas regras – nos chamados casos de colisão, exigindo para sua aplicação um mecanismo de “proporcionalidade”²⁷.

Desse modo, tem-se que os princípios são verdadeiros vetores interpretativos, materializados como fontes do direito, na medida em que fornecem importantes substratos para o funcionamento do sistema normativo.

Diante de tal panorama, a Teoria desenvolvida por Jakobs acabou sendo criticada por vários operadores do direito, tendo em vista que sua proposta é inflexível, esbarrando, assim, nos preceitos constitucionais. Enquanto alguns rechaçam totalmente sua aplicabilidade, outros defendem sua utilização como forma eficaz de combate à criminalidade.

Como se depreende das palavras do professor Juarez Cirino dos Santos:

O Prof. Dr. Günther Jakobs é um penalista no sentido literal da palavra: acredita na pena criminal como método de luta contra a criminalidade. Após o fracasso universal da prevenção especial positiva como correção do condenado criminal, esse ilustre professor da Universidade de Bonn desenvolveu o discurso da prevenção geral positiva para legitimar a pena criminal, agora concebida como estabilização das expectativas normativas – um fenômeno de psicologia social definido pela sociologia de Luhmann, que inspira a teoria jurídico-penal de Jakobs.²⁸

O funcionalismo radical concede especial importância à norma jurídica como principal fator de proteção social. Somente com a constante aplicação da norma é que a sociedade passa a compreender as condutas aceitáveis ou não.

O doutrinador Cleber Masson, tecendo comentários sobre as bases da Teoria, informa que “na década de 1980, Jakobs traçou os primeiros lineamentos da teoria em análise, voltando ao seu estudo no final dos anos 1990, mas, em

²⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. Salvador. Ed. JusPodivm, 2019, p. 257.

²⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. p. 1. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em 10 jun. 2017, às 10h00min.

2003, de maneira corajosa, assumiu postura inequívoca na defesa da adoção do Direito Penal do Inimigo”²⁹. Tal postura causou grande impacto, por confrontar conceitos já fixados em suas bases metodológicas, em especial, a flexibilização das garantias constitucionais.

Em verdade, a proposta de Jakobs se funda na visualização de duas categorias distintas de seres humanos: os cidadãos comuns e os inimigos. Deixa-se de lado a premissa inicial do Direito Penal do Fato, na qual o indivíduo deve ser punido pelo ato que praticou, para se utilizar de um Direito Penal do Autor, em que o indivíduo deve ser punido apenas pelo que ele é, sendo irrelevante o ato que praticou.

Os cidadãos comuns seriam aquelas pessoas corretas, que seguem os parâmetros normativos fixados pelo Estado. Mas, mesmo que venham a praticar algum fato típico, suas condutas não seriam suficientes para causar desestabilização na ordem jurídica, ou seja, poderiam ser recuperados pela sociedade.

Lado outro, os inimigos seriam determinadas pessoas que não estariam aptas à reintegração social. Na verdade, deveriam ser tratadas como “inimigos” do Estado, diante da gravidade da conduta praticada. Seriam aquelas pessoas que reiteradamente (ou seja, não apenas de forma incidental) demonstrassem desrespeito às leis. Logo, o tratamento despedindo em relação a estes não-cidadãos deveria ser diferenciado, mediante a flexibilização de garantias fixadas no ordenamento jurídico.

Para Jesús Maria Silva Sánchez, citado por Cleber Masson, “a transição do ‘cidadão’ ao ‘inimigo’ seria produzida mediante a reincidência, habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas”³⁰.

²⁹ MASSON, Cleber. *Op. cit.*, p. 107.

³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad.

Resta notório que o professor da Universidade de Bonn se posiciona de maneira rigorosa em relação aos agentes infratores habituais. As pessoas deveriam receber tratamento diferenciado conforme seu comportamento na sociedade, em especial aqueles agentes que insistiam em descumprir as leis.

Neste enlace, Cleber Masson também destaca que:

Inimigo é o indivíduo que afronta a estrutura do Estado, pretendendo desestabilizar a ordem nele reinante ou, quiçá, destruí-lo. É a pessoa que revela um modo de vida contrário às normas jurídicas, não aceitando as regras impostas pelo Direito para a manutenção da coletividade. Assim agindo, demonstra não ser um cidadão e, por consequência, toda as garantias inerentes às pessoas de bem não podem ser a ele aplicadas. ³¹

De grande valia as palavras do professor Juarez Cirino dos Santos, que cita com clareza Günther Jakobs, ao explanar sobre as duas formas de visualizar a pena: como contradição a fatos passados e como segurança a fatos futuros:

a) a pena para o cidadão seria uma reação contra-fática dotada do significado simbólico de afirmação da validade da norma, como contradição ao fato passado do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende reprimir – conforme declara: *“O fato, como fato de uma pessoa racional significa algo, ou seja, uma rejeição da norma, uma agressão à sua validade, e a pena significa igualmente algo, ou seja, a imposição do autor seria incompetente e a norma continuaria valendo inalterada, portanto, a configuração da sociedade continuaria mantida. Tanto o fato como a coação penal são, neste ponto, meios de interação simbólica e o autor é tomado seriamente como pessoa ...”*.

b) a pena para o inimigo seria uma medida de força dotada do efeito físico de custódia de segurança, como obstáculo antecipado ao fato futuro do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende prevenir – segundo propõe: *“Em lugar de uma pessoa competente, que é contraditada com a pena, portanto, coloca-se o indivíduo perigoso, contra quem – aqui: com uma medida preventiva, não com uma pena – é procedido de modo fisicamente efetivo: combate ao perigo, em lugar de comunicação, Direito penal do inimigo (...), em vez de Direito Penal do cidadão...”*.³²

A partir de tais comentários, surgem alguns questionamentos sobre o

Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 149, apud, MASSON, Cleber. Op. cit., p. 108.

31 MASSON, Cleber. Op. cit., p. 107.

32 SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 2/3. Citando o artigo de Günther Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, 2004, Caderno 3, p. 89 s.

conceito exato de direito penal do inimigo. Em estudo sobre o assunto, Luis Greco aduz que:

De um ponto de vista semântico, sim: o direito penal do inimigo é o tipo ideal de um direito penal que não respeita o autor como pessoa, mas que almeja neutralizá-lo como fonte de perigo. Mas se o conceito é claro do ponto de vista semântico, permanece ele deveras obscuro no que diz respeito ao seu significado pragmático, isto é, às finalidades ou funções que se tentam alcançar com sua utilização no discurso científico. A rigor, podem-se almejar ao menos três finalidades com o conceito de direito penal do inimigo, o que levará a três conceitos de direito penal do inimigo.³³

A proposta de Jakobs é delineada por Francisco Munõz Conde, em resumo ao fixado na obra “Los orígenes ideológicos del derecho penal del enemigo”:

1. Aumento da gravidade das penas para além da ideia de proporcionalidade, aplicando inclusive “penas draconianas”;
2. Abolição ou redução ao mínimo das garantias processuais do imputado, tais como o direito ao devido processo, a não fazer declaração contra si próprio, à defesa técnica, etc.;
3. Criminalização de condutas que não implicam verdadeiro perigo para bens jurídicos concretos, adiantando a intervenção do Direito Penal, ainda antes da conduta chegar ao estado de execução de um delito.³⁴

À luz desta teoria, o que se pretende é dar atenção à periculosidade do agente, razão pela qual é pontuada a possibilidade de punição da simples cogitação de um crime, bem como dos atos preparatórios.

Juarez Cirino dos Santos lembra que a proposta de Jakobs introduz o sistema de dupla imputação, visto que cidadão e inimigo seriam processados de forma diferentes. Desse modo, em relação aos cidadãos, haveria um Direito Penal da culpabilidade pelo fato passado, e, quanto aos inimigos, um Direito Penal preventivo da medida de segurança pelo perigo de fato futuro de autores³⁵.

³³ GRECO, LUIS. *Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo*. Artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano VI, nº 7, 2005. Disponível em: < <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>. Acesso em 14 fev. 2023.

³⁴ CONDE, Francisco Munõz. *As origens ideológicas do Direito Penal do Inimigo*. Artigo publicado na Revista Justiça e Sistema Criminal. v. 3, n. 4. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011.

³⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 10/11.

O autor acima mencionado, ao citar Jakobs, ainda destaca que:

O sistema processual penal seria cindido entre a imputação fundada no princípio acusatório para o cidadão, acusado com as garantias constitucionais do processo legal devido (ampla defesa, presunção de inocência etc.), por um lado, e a imputação fundada no princípio inquisitório para o inimigo, punido sem as garantias constitucionais do processo legal devido (defesa restrita, presunção de culpa etc.), com investigações ou inquéritos secretos, vigilâncias sigilosas, interceptação telefônica, escuta ambiental, prisões temporárias, proibição de contato com advogado etc., por outro lado³⁶.

Em sequência, conclui que:

O duplo sistema de imputação de Jakobs suprime seculares garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, como expressamente propõe: o processo contra o inimigo não precisa ter forma de Justiça (*justizförmig*), porque não é regido pelo processo legal devido; ao contrário, o processo contra o inimigo deve ter forma de guerra (*kriegsförmig*): é preciso destruir o terrorismo, ou, pelo menos, matar o terrorista, ainda que implique a morte de terceiros inocentes, segundo Jakobs.³⁷

Resta patente a desigualdade formal e material no tratamento a ser despendido aos “cidadãos” e aos “inimigos”. De um lado, clara observância aos preceitos constitucionais, de outro, sua supressão impositiva, como forma de garantir bens jurídicos maiores.

Neste contexto, Cleber Masson pondera que Silva Sánchez define o “Direito Penal do Inimigo como a terceira velocidade do Direito Penal: privação da liberdade e suavização ou eliminação de direitos e garantias penais e processuais”³⁸.

Fixadas as principais premissas sobre a proposta de Günther Jakobs, importante analisar quais são os fundamentos jusfilosóficos que servem de base para a teoria do direito penal do inimigo. A partir de tais precedentes, será possível compreender as bases que impulsionaram a concepção teórica.

Em verdade, Jakobs absorveu alguns direcionamentos já desenvolvidos

³⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 11. Citando o artigo de Günther Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, 2004, item IV, p. 93.

³⁷ *Ibidem*, p. 11.

³⁸ MASSON, Cleber. *Op. cit.*, p.111.

pela filosofia e, posteriormente, desenvolveu seu parâmetro teórico.

Os fundamentos jusfilosóficos do discurso

Como toda e qualquer teoria, Jakobs também se utilizou de fundamentos pré-concebidos para estruturar a nova tese. Resquícios da filosofia política iluminista são encontrados em sua proposta, que vão desde o alemão Immanuel Kant³⁹ até inglês Thomas Hobbes⁴⁰. Estes filósofos já haviam elaborado, há mais de 4 séculos, noções sobre a caracterização dos ditos inimigos da sociedade.

Na concepção de Immanuel Kant, citado por Miguel Juarez Romeiro Zaim em estudo realizado sobre o assunto:

[...] o estado de natureza é o estado de guerra, a paz só é possível através do estado civil. No estado natural os homens se ameaçam mutuamente sem revelarem suas hostilidades, pondo em risco a segurança uns dos outros. Ao ingressar no estado civil, um homem dá aos demais garantia de não hostilizá-los. Assim, um homem pode considerar o outro seu inimigo em decorrência de não assegurar-lhe segurança por não participar do estado legal comum, tornando-se uma ameaça perpétua.⁴¹

Assim, verifica-se que para Kant, se o homem permanece em estado de natureza, deve ser tratado como inimigo, sendo admissível que seja hostilizado.

Já na linha de pensamento de Thomas Hobbes, a teoria do direito penal do inimigo encontra bases mais sólidas. Para Hobbes, “o inimigo é aquele indivíduo que rompe com a sociedade civil e volta a viver em estado de natureza, ou seja, homens em estado de natureza são todos iguais”⁴². Para este autor,

39 “Immanuel Kant nasceu em Königsberg, na Prússia Oriental, Alemanha, no dia 22 de abril de 1724; negava que existia uma verdade última ou a natureza íntima das coisas. Por isso, propôs uma espécie de código de conduta humano, surgindo daí, ideias para outra obra famosa, o seu livro “Crítica da Razão Prática” (1788), que funcionaria como leis éticas que regeriam os seres humanos”. Disponível em: <https://www.ebiografia.com/immanuel_kant/>. Acesso em 14 de jun. 2017, às 09h00min.

40 “Thomas Hobbes nasceu na Inglaterra, no dia 5 de abril de 1588. Sua obra mais evidente é “Leviatã”, cuja ideia central era a defesa do absolutismo e a elaboração da tese do contrato social; defendia a tese do homem que, por viver num estado de natureza onde todos estariam preocupados com os seus próprios interesses, seria necessária a existência de um governante forte para apaziguar os conflitos humanos”. Disponível em: <https://www.ebiografia.com/thomas_hobbes/>. Acesso em 14 de jun. 2017, às 10h00min.

41 KANT, Emmanuel. A paz perpétua. São Paulo: Brasil, 1936. p. 45-46, apud, ZAIM, Miguel Juarez Romeiro. Direito Penal do Inimigo. Disponível em: <<http://revistaemam.kinghost.net/revista/index.php/rjunic/article/viewFile/201/184>>, p. 4, Acesso em 14 de jun. de 2017.

42 HOBBS. Thomas. Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 113., apud, ZAIM, Miguel Juarez Romeiro. Op. cit. p. 4.

o estado natural do homem seria de guerra. Em verdade, seria aquele estado em que não há o império de leis estatais, na medida em que não existe ordem. Finalizando organizar essa situação, os homens reúnem-se em sociedade, na busca da paz social. Para Hobbes, citado por Miguel Juarez Romeiro Zaim:

As leis civis são feitas para os cidadãos, não estando, os inimigos sujeitos a elas, pois negaram a autoridade do Estado, dessa forma, poderão receber o castigo que o representante do Estado achar conveniente, pois os danos infligidos a quem é um inimigo declarado não podem ser classificados como penas. Dado que esse inimigo ou nunca esteve sujeito à lei, e portanto, não pode transgredi-la, ou esteve sujeito a ela e professa não mais o estar, negando em consequência que possa transgredi-la, todos os danos que lhe possam ser causados devem ser tomados como atos de hostilidade. E numa situação de hostilidade declarada é legítimo infligir qualquer espécie de danos. De onde se segue que, se por atos ou palavras, sabida e deliberadamente, um súdito negar a autoridade do representante do Estado (seja qual for a penalidade prevista para a traição), o representante pode legitimamente fazê-lo sofrer o que bem entender.⁴³

Continua lembrando que “são inimigos os que renegam o poder do Estado, sendo que estes não devem ser punidos pela lei civil, e sim pela lei natural, isto é, não como súditos civis, porém como inimigos do governo, não pelo direito de soberania, mas pelo de guerra”⁴⁴.

E esses inimigos, na visão de Hobbes, deveriam ser punidos de forma severa pelo Estado, que estaria legitimidade a aplicar a sanção necessária para repudiá-lo. Em desfavor desses inimigos que ameaçam a estrutura soberana “é legítimo fazer guerra, em virtude do direito de natureza original”⁴⁵.

Analisando a proposta de Jakobs e seus precedentes jusfilosóficos, verifica-se que nem todo criminoso é considerado inimigo, sendo apenas aqueles autores de atos considerados de alta traição. Assim, delitos relacionados ao terrorismo, tráfico de drogas, organizações criminosas demandariam uma atenção especial.

⁴³ HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martin Claret, 2004. Cap. V, 10 e 11., apud, ZAIM, Miguel Juarez Romeiro. *Op. cit.* p. 4/5.

⁴⁴ HOBBS, Thomas. *Op. cit.*, apud, ZAIM, Miguel Juarez Romeiro. *Op. cit.* p. 5.

⁴⁵ *Ibidem*.

Efeitos da aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo

Conforme explanado acima, a proposta por Jakobs ainda se reveste de contornos polêmicos, na medida em que reconhece duas categorias distintas de seres humanos. Entretanto, apesar de o ordenamento jurídico pátrio também oferecer tratamento diferenciado à determinadas categorias de agentes delituosos (como a Lei de Crimes Hediondos e Lei de Organização Criminosa), o certo é que os direitos e garantias individuais são reconhecidos irrestritamente.

Independente da espécie de crime cometido pelo agente delituoso, as garantias processuais devem ser observadas pelos operadores do direito, conforme fixado na Carta Constitucional. Por tais razões é que será analisado, em seguida, quais são os efeitos da aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo e como eles apresentam na prática forense.

A primeira premissa que não se pode perder de vista, é que para Jakobs, os inimigos não são cidadãos, razão pela qual não deveriam receber tratamento equivalente às demais pessoas. Por consequência, não seriam sujeitos de direitos, motivo pelo qual também não lhes seriam garantidas as benesses consagradas pela legislação, como a ampla defesa, contraditório, dignidade da pessoa humana, devido processo legal, constituição de defensor, acesso aos autos do Inquérito Policial, dentre outros.

Para Jakobs, em um verdadeiro cenário de “guerra” tudo seria possível, inclusive a flexibilização ou até mesmo a exclusão de garantias processuais. Por isso privilegia-se a periculosidade do agente em vez da culpabilidade, a fim de aplicar a penalidade de medida de segurança pelo tempo que for necessário.

Pontua Cleber Masson que esse posicionamento trata-se de um Direito Penal “prospectivo, com visão para o futuro, encontrando amparo no positivismo criminológico de Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo, que clamava

por um sistema penal em consonância com a real necessidade de defesa social”⁴⁶.

Na mesma linha, o autor diz que o Direito Penal do Inimigo “deve antecipar a esfera de proteção da norma jurídica, adiantando a tutela penal para atingir inclusive atos preparatórios, sem redução quantitativa da punição”⁴⁷. A preocupação primeira é com a sociedade (interesse público), e não com o agente delituoso.

Na tentativa de viabilizar esse adiantamento, o autor acima mencionado sugere que o Estado deve valer-se abundantemente “da ação controlada para retardar a prisão em flagrante ao momento em que possa ser capturado o maior número de inimigos; providenciar a infiltração de agentes policiais nas organizações criminosas, para eficaz desbaratamento”⁴⁸. Além disso, destaca que “medidas preventivas e cautelares têm seu campo de incidência alargados, autorizando-se mais facilmente interceptações telefônicas e quebras de sigilo bancário e fiscal”⁴⁹.

Ainda nessa perspectiva prática, Masson alega a mitigação do princípio da reserva legal ou estrita legalidade, tendo em vista que não é possível prever todos os atos a serem praticados pelo “inimigo”. Assim, os tipos penais seriam mais genéricos e menos precisos, e as penas severamente majoradas⁵⁰.

O autor cita, ainda, a possível criação artificial de delitos, finalizando preencher os vazios da legislação, além de fixar parâmetros mais rigorosos para a execução penal. Mas a modificação mais impactante seria a eliminação de direitos e garantias individuais, com o cabimento da utilização da tortura como meio de prova⁵¹.

⁴⁶ MASSON, Cleber. *Op. cit.*, p.109.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ MASSON, Cleber. *Op. cit.*, p.109/110.

⁵¹ *Ibidem*, p. 110. Cleber Masson cita que “Nos Estados Unidos da América desenvolveu-se a teoria do “cenário da bomba relógio”, com a finalidade de justificar o uso da tortura em situações excepcionais, em que não exista outra maneira eficaz de conter uma atividade terrorista”.

É exatamente nesse ponto – flexibilização e/ou eliminação de direitos e garantias individuais no processo de produção de provas no processo penal – que se fixa a problemática do presente estudo. Como visto acima, a aplicabilidade da Teoria do Direito Penal do Inimigo autorizaria a flexibilização da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Esta linha de raciocínio ganha contornos polêmicos, na medida em que vários direitos e garantias fundamentais, conquistados ao longo dos anos, estariam sendo flexibilizados na seara processual penal, com a finalidade de se garantir um resultado positivo para o Estado.

Ora, será que as novas posturas jurisprudenciais e doutrinárias, a respeito das provas ilícitas, estariam fundamentadas nos preceitos jusfilosóficos consagrados por Günther Jakobs? Ou será que a flexibilização principiológica se pauta na proteção de bens jurídicos de maior relevância, cuja titularidade é atribuída à um grupo muito maior? No próximo capítulo, serão tecidos os principais pontos sobre a prova no processo penal, especialmente sobre sua relevância, para, posteriormente, verificar a mitigação do princípio acima citado.

A PROVA NO PROCESSO PENAL

Neste capítulo, inicia-se o estudo com uma abordagem expositiva e conceitual sobre as noções gerais da prova no processo penal, perpassando para análise do objeto, meios e classificação da prova, para se chegar, finalmente, a compreensão do panorama relacionado à distribuição do ônus da prova e aos princípios aplicáveis à temática.

Noções Gerais

Cumprir observar, inicialmente, que o instituto da prova no processo penal reveste-se de significativa importância, tendo em vista que todas as alegações explanadas pelos sujeitos processuais, devem ser comprovadas através dos diversos meios de provas existentes.

Iniciar uma investigação apenas com indícios é plenamente possível no âmbito processual penal, todavia, condenar uma pessoa apenas com esses elementos, não é a melhor forma de cumprir a *mens* trazida pelo legislador constitucional e infraconstitucional.

Nos ensinamentos do lexicógrafo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira⁵², a prova significa “aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente”.

Neste mesmo sentido, o jurista Paulo Rangel conceitua prova como sendo:

O meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa⁵³.

Além disso, o doutrinador lembra que:

⁵² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2 ed. Nova Fronteira.

⁵³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 461/462.

A prova, assim, é a verificação do *thema probandum* e tem como principal finalidade (ou objetivo) o convencimento do juiz. Tornar os fatos, alegados pelas partes, conhecidos do juiz, convencendo-o de sua veracidade. Portanto o principal destinatário da prova é o juiz, porém, não podemos desconsiderar que as partes são também interessadas e, conseqüentemente, destinatárias indiretas das provas, a fim de que possam aceitar ou não a decisão judicial final como justa⁵⁴.

Nesta seara, Hidejalma Muccio assim se posiciona, *in verbis*:

A verdade é o resultado do conhecimento que tenho sobre o fato, a afirmação, o acontecimento. Terceiras pessoas, no entanto, podem não ter esse conhecimento. Quando há necessidade de a minha verdade ser conhecida por terceiros, cabe a mim a sua prova. Daí a ação de provar: tornar conhecida a outros a verdade que conheço. Prova, portanto, são todos os elementos hábeis a demonstrar a existência de um fato. [...] **prova é tudo aquilo que, permitido pela moral, pelo costume e pela lei, é produzido para a demonstração da existência de certos fatos dentro no processo, pelas partes e pelo próprio juiz.** (grifo nosso).⁵⁵

Acerca do assunto, o jurista Moacyr Amaral Santos acrescenta que “prova é a soma dos fatos produtores da convicção dentro do processo”⁵⁶.

Além disso, José Frederico Marques oferta os seguintes ensinamentos: “A demonstração dos fatos em que assenta a acusação e daquilo que o réu alega em sua defesa é o que constitui a prova”⁵⁷.

Diante das definições doutrinárias acima expostas, verifica-se que, em um conceito objetivo, pode-se extrair a finalidade da prova, o objeto de incidência e os destinatários diretos e indiretos, tornando claro e preciso o lugar que ela ocupa no Direito Processual Penal Brasileiro.

O jurista Norberto Avena faz importante ressalva, concernente na existência de determinados fatos que não demandam comprovação, quais sejam: “Fatos axiológicos: são os considerados evidentes; notórios: compõe o patrimônio cultural de cada pessoa; presunções legais: juízos de certeza que

⁵⁴ *Ibidem*, p. 462

⁵⁵ MUCCIO, Hidejalma. *Curso de Processo Penal*. 2ª ed., ver. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 829.

⁵⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*, 1952, vol. 1, apud, MUCCIO, Hidejalma. *Curso de Processo Penal*. 2ª ed., ver. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 829.

⁵⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, vol. II, p. 253.

decorrem da lei; Fatos inúteis: ausência de relevância”⁵⁸.

A doutrina ainda pontua que os fatos incontroversos, ao contrário do que ocorre no processo civil, não dispensam a prova.

Objeto, Meios e Classificação da Prova

Quanto se fala em analisar o “objeto” de determinado instituto, espera-se delimitar o âmbito de atuação, ou seja, definir a situação/fato que servirá de base para início do processo analítico.

Para Rangel, “o objeto da prova é a coisa, o fato, o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor. São os fatos sobre os quais versa o caso penal”⁵⁹. O jurista ainda faz distinção entre o “objeto da prova” e o “objeto de prova”, determinando que o último significa que fatos ou coisas devem ser provados. Logo, a diferença que marca estes dois conceitos é basicamente o ponto destinado à análise.

Ademais, quando se quer tratar sobre os meios de prova, na verdade tem-se a perspectiva de demonstrar quais são os passos utilizados pelo magistrado na aferição do livre convencimento motivado.

Magalhães Gomes Filho afirma que: “Os mecanismos probatórios visam à formação e à justificação do convencimento judicial, [...] pois somente a concreta apreciação da prova, verificável pela motivação da sentença, assegura a efetividade do direito à prova”⁶⁰.

Convém destacar que todos os meios de prova podem ser utilizados pelas partes, desde que estejam previstos legalmente ou, mesmo que não haja previsão expressa, sejam moralmente legítimos.

⁵⁸ AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 9ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 431.

⁵⁹ RANGEL, Paulo. *Op. cit.*, p. 462.

⁶⁰ GOMES FILHO, Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 89.

O Código de Processo Penal disciplina diversos meios de produção específicos de produção de prova, quais sejam: Perícias em Geral (artigos 158 a 184); Interrogatório do réu (artigos 185 a 196); Confissão (artigos 197 a 200); Ofendido (artigo 201); Testemunhas (artigos 202 a 225); Reconhecimento de pessoas e coisas (artigos 226 a 228); Acareação (artigos 229 e 230); Documentos (artigos 231 e 238); Indícios (artigos 239) e Busca Apreensão (artigos 240 a 250)⁶¹.

É digno de nota, outrossim, que o referido diploma legal é de 1941, ou seja, precisa ser atualizado em diversos aspectos, dentre eles os meios de produção de prova. Com os avanços técnico-científicos, e, considerando as diversas Constituições Federais que foram promulgadas após o surgimento do Código de Processo Penal, a sistemática processual ganhou novos contornos.

Nesta linha expositiva, Avena lembra que não se pode considerar o “Código de Processo Penal como limitativo em termo de meio de prova, tampouco interpretá-lo de forma restritiva a ponto de considerar-se como exaustiva a regulamentação nele inserida”⁶².

Assim, não se pode afirmar que o rol de produção probatória apresentado pelo Código de Processo Penal é taxativo. Pelo contrário, é um rol meramente exemplificativo, que pode ser ampliado para se admitir meios atípicos, aptos para fundamentar o livre convencimento motivado do juiz⁶³.

Por fim, o instituto da prova foi submetido a uma classificação doutrinária, objetivando visualizar os objetos, os sujeitos e as formas pela qual ela revela-se no âmbito fático.

Em relação ao objeto, existem as provas diretas e indiretas, sendo esta

61 Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm >. Acesso 14 fev. 2023.

62 AVENA, Norberto. *Op. cit.*, p. 430.

63 O sistema do livre convencimento motivado está previsto no art. 155, caput, do Código de Processo Penal, estabelecendo que: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

a prova que não se relaciona diretamente com o próprio fato em análise, mas, utilizando-se de critérios racionais, chega-se a ele. Ensina Rangel que, “as provas diretas não necessitam de qualquer processo lógico de construção”⁶⁴.

Quanto ao sujeito, a prova pode ser classificada em pessoal e real, de modo que esta revela-se por meio de afirmativas diretas e conscientes, e, aquela é definida pelo doutrinador como:

Prova **real** é toda aquela originada dos vestígios deixados pelo crime. Ou seja, é a prova encontrada na ‘res’, não necessariamente no objeto material do crime, mas sim, em qualquer coisa que tenha vestígios do crime⁶⁵. (grifo do autor).

Por fim, concernente à forma, as provas podem ser identificadas como testemunhais, documentais e materiais. A diferenciação entre elas está basicamente no meio pelo qual é obtida a prova. Para Fernando da Costa Tourinho Filho:

Quanto à forma, a prova pode ser **pessoal**, significando a afirmação feita por uma pessoa: testemunho, interrogatório, declaração; *documental*, que é a afirmação feita por escrito; e *material*, ‘consistente em qualquer materialidade que sirva de prova ao fato probando’: o instrumento do crime, os *producta sceleris*, as coisas apreendidas, os exames periciais⁶⁶.(grifo do autor)

Assim, constata-se que a prova pode ser utilizada de várias formas no processo penal, dependendo, geralmente, de como ela vai se manifestar no mundo fático. Além disso, é preciso lembrar que existe uma sistemática organizacional relacionada à forma de distribuição do ônus da prova, conforme abaixo relacionado.

Distribuição do ônus da Prova

O *munus* de produção probatória é dividido de forma dinâmica pelo sistema processual penal, a fim de garantir a obtenção mais célere e eficaz das provas a

⁶⁴ RANGEL, Paulo. *Op. cit.*, p. 464.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 466.

⁶⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 3, p.223.

serem utilizadas no processo.

Para Avena, “por ônus entende-se o encargo atribuído às partes de provar, mediante meios lícitos e legítimos, a verdade das suas alegações, visando fornecer ao juiz os elementos necessários à formação de sua convicção”⁶⁷. Lembra ainda que ônus se diferencia de obrigação, na medida em que o descumprimento desta gera uma penalidade, e, a inobservância daquele não origina nenhuma responsabilidade, a não ser a menor probabilidade de provar o alegado⁶⁸.

Leciona Mittermaier, citado por Paulo Rangel, que:

Os motivos que guiam o legislador ao traçar as regras da prova, são os mesmos motivos gerais que presidem a toda a organização do processo criminal. São: 1º o interesse da sociedade, a necessidade da punição de todo o culpado; 2º a proteção devida às liberdades individuais e civis, que por efeito do processo criminal podem ser gravemente comprometidas; 3º por último e como consequência, a necessidade de nunca castigar a um inocente.⁶⁹

Assim, a forma de distribuição do ônus probatório possui uma lógica sistemática (que depende na natureza da alegação), pautada na busca pela efetividade jurisdicional. É exatamente neste sentido que o legislador estabeleceu o art. 156 do Código de Processo Penal, prevendo que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”⁷⁰. Acusação e defesa possuem diferentes responsabilidades probatórias dentro do processo, na medida em que suas pretensões também são diferentes.

A partir disso, duas correntes doutrinárias tentam explicar essa forma de distribuição do ônus. Brasileiro pontua que a primeira corrente, majoritária, fixa que “incumbe à acusação provar: 1) existência do fato típico; 2) autoria ou participação; 3) relação de causalidade; 4) elemento subjetivo do agente (dolo

67 AVENA, Norberto. *Op. cit.*, p. 440.

68 *Ibidem*.

69 MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 15, apud, RANGEL, Paulo. *Op. cit.*, p. 504.

70 Decreto-lei nº 3.689/1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em 14 fev. 2023.

ou culpa)⁷¹.

O referido doutrinador lembra que, para essa corrente, é de responsabilidade da acusação apenas “a prova da existência do fato típico, não sendo objeto de prova acusatória a ilicitude e a culpabilidade. O fato típico constitui expressão provisória da ilicitude e o injusto penal (fato típico e ilícito) é indício da culpabilidade respectiva”⁷². A primeira corrente ainda aponta que à defesa no processo penal compete o “ônus da prova quanto às excludentes da ilicitude, da culpabilidade, ou acerca da presença de causa extintiva da punibilidade”⁷³.

Existe uma segunda corrente, porém minoritária, na qual o ônus probatório é atribuído, exclusivamente, ao acusador. Renato Brasileiro manifesta-se favoravelmente a ela, com fundamento no princípio da presunção de inocência⁷⁴.

O certo é que o ônus probatório é distribuído de forma diferente. Nesta toada, o jurista acima citado destaca:

Em suma, enquanto o Ministério Público e o querelante têm o ônus de provar os fatos delituosos além de qualquer dúvida razoável, produzindo no magistrado um juízo de certeza em relação ao fato delituoso imputado ao acusado, à defesa é suficiente gerar apenas uma fundada dúvida sobre causas excludentes da ilicitude, causas excludentes da culpabilidade, causas extintivas da punibilidade ou acerca de eventual alibi. Há, inegavelmente, uma distinção em relação ao quantum de prova necessário para cumprir o ônus da prova: para a acusação, exige-se prova além de qualquer dúvida razoável; para a defesa, basta criar um estado de dúvida.⁷⁵

Por fim, é importante trazer à baila os ensinamentos de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, destacando que “a trajetória na busca da estabilidade faz do ser humano um signatário do ideal da verdade. Descortinar os fatos para que se demonstre, no processo, o que realmente aconteceu, materializa uma das finalidades da persecução penal em juízo”⁷⁶. Em seguida, asseveram que o

⁷¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal. Volume único. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 572.*

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*, p. 573.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 574. O Autor cita que existem poucos precedentes jurisprudenciais nesse sentido, como por exemplo: STF, 1ª Turma, HC 73.338/RJ, *Rei. Min. Celso de Mello*, DJ 19/12/1996.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal. 10ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015,*

“conceito de verdade não é unívoco, e os limites do seu alcance perpassam pela atuação dos sujeitos processuais na produção probatória”.

Como se nota, a distribuição do ônus da prova é realizada de forma dinâmica, utilizando como parâmetro a natureza da pretensão deduzida em juízo.

Ocorre que, os meios de produção de prova não podem ser utilizados de forma discricionária pelos operadores do direito, sem observar parâmetros normativos e principiológicos pré-definidos. Em verdade, não seria razoável permitir ao Estado, que está investido na Jurisdição, atuação desordenada e em descompasso com os preceitos fixados no ordenamento jurídico.

É nesta perspectiva que os princípios se apresentam como verdadeiros mecanismos limitadores da produção probatória. Ao mesmo tempo em que são vetores que impedem o excesso estatal, também servem como meios de defesa processual.

Princípios relacionados à produção probatória

Os princípios são verdadeiros vetores interpretativos (ou premissas), revelados como fontes do próprio Direito. Embora possuam aspectos genéricos, revestidos de abstratividade, apresentam densidade axiológica suficiente para fundamentar qualquer decisão. Lecionam Távora e Alencar que “os princípios não estão no sistema em um rol taxativo”⁷⁷.

As provas possuem princípios específicos, que direcionam o olhar do legislador e do operador do direito para a consecução dos fins do sistema processual penal. Portanto, os meios de prova a serem utilizados em um processo criminal devem observar tais premissas, que foram fixadas, principalmente, pela Constituição da República de 1988.

p. 593.

77 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Op. cit.*, p. 50.

Aqui serão apresentados os princípios majoritariamente citados pela doutrina, quais sejam: Princípio do Contraditório, Comunhão da Prova, Oralidade, Publicidade, Autorresponsabilidade das Partes, não-autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) e o Princípio da Inadmissibilidade das Provas Obtidas por meios ilícitos (objeto principal do presente estudo).

O princípio do contraditório é corolário do atual ordenamento jurídico (ainda que seja postergado ou diferido), que estabelece a necessidade de se conceder à parte demandada a oportunidade para se manifestar sobre qualquer ato processual.

É exatamente nesse sentido que ele se aplica à produção probatória. Conforme fixado por Norberto Avena, “toda prova realizada por uma das partes admite produção de uma contraprova pela outra”⁷⁸, conferindo ao processo estrutura dialética.

Já o Princípio da Comunhão da Prova revela que, uma vez produzida a prova, ela passa a pertencer ao processo, não mais às partes. Rangel determina que a “palavra comunhão vem do latim *communione*, que significa ato ou efeito de comungar, participação em crenças, ideias ou interesses”⁷⁹. Ora, a prova é produzida para o processo, não para as partes.

O autor acima mencionado ainda observa que este princípio é um consectário lógico dos “princípios da verdade processual e da igualdade das partes na relação jurídico-processual, pois as partes, a fim de estabelecer a verdade histórica nos autos do processo, não abrem mão do meio de prova levado aos autos”⁸⁰.

O Princípio da Oralidade valoriza a produção de provas pelo meio oral, na medida em que é possível o magistrado participar desse momento. A razão

⁷⁸ AVENA, Norberto. *Op. cit.*, p. 433.

⁷⁹ RANGEL, Paulo. *Op. cit.*, p. 468.

⁸⁰ *Ibidem*.

de ser é simples: os elementos de prova oriundos de documentos subscritos anteriormente podem carecer de autenticidade.

Nesta mesma sintonia, o Princípio da Publicidade estabelece que, em regra, a produção probatória não deve ser guardada em sigilo. Isso possibilita o exercício do contraditório, tendo em vista que às partes é conferido amplo acesso dos atos processuais. Entretanto, existem situações em que o sigilo é necessário, conforme previsto no art. 93, IX da Constituição Federal⁸¹, art. 234-B do Código Penal⁸², dentre outros.

Em relação ao Princípio da Autoresponsabilidade das partes, Avena leciona que “as partes assumirão as consequências de sua desídia”⁸³. Logo, caberia ao Ministério Público a produção das provas relacionadas à autoria e materialidade, sem as quais o acusado será, certamente, absolvido.

Quanto ao Princípio da Não-autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), tem-se que todos os atos que obriguem o réu a colaborar com a investigação ou instrução processual estariam violando tal princípio, como a própria terminologia revela, ninguém é obrigado a se autoincriminar. Assim, não existe a obrigação de o réu participar da reconstituição do crime.

Este princípio também está previsto em alguns documentos internacionais, como por exemplo, no art. 8º, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos. No âmbito interno, esse direito encontra-se expressamente previsto no art. 5º, LXIII, da CRFB⁸⁴.

Cai ao lanço notar que, a breve explanação teórica acima tecida reveste-se

81 “Art. 93 [...]. IX - Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 14 fev. 2023

82 Art. 234-B, CP. “Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça”. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em 14 fev. 2023.

83 AVENA, Norberto. Op. cit., p. 434.

84 “Art. 5º [...]. LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14 fev. 2023.

de fundamental importância para a compreensão da atividade probante. Todavia, as discussões mais acentuadas se fixam sobre o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, em correspondência à estrutura garantista fixada pela Constituição da República de 1988.

Alguns se questionam sobre o real motivo de não ser permitida a utilização de provas ilícitas no processo penal. Na realidade, para os leigos, os fins justificam os meios. Ora, essa linha de raciocínio apresenta similitudes com a proposta encampada por Jakobs, que enxergava essa situação como “verdadeiro estado de guerra”, no qual tudo era possível para o Estado sair vencedor.

Na lição de Tourinho Filho, “nenhuma legislação, exceto a brasileira, proclama, de maneira absoluta e peremptória, a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos e das ilícitas por derivação”⁸⁵. Nesta toada, o estudo será direcionado para a compreensão desse vetor interpretativo.

⁸⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 1, p. 86.

MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

Neste capítulo será analisada a possibilidade de mitigação do Princípio da Inadmissibilidade das Provas obtidas por meios ilícitos, a partir da verificação do posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema. No decorrer do trabalho, serão tecidos comentários sobre as referidas posturas, em especial para analisar a (in)existência de possíveis vestígios da Teoria do Direito Penal do Inimigo, assim como para apresentar o princípio da proporcionalidade como regra de ponderação para superação de eventuais colisões concretas entre interesses constitucionalmente previstos.

Aspectos Fundamentais

É digno de nota, preliminarmente, que os direitos individuais não estão revestidos de caráter absoluto. Nesta perspectiva, Gilmar Ferreira Mendes lembra que “a Constituição de 1988, tal como outras Constituições brasileiras anteriores, consagra a técnica de estabelecimento direta ou técnica da restrição legal a diferentes direitos individuais”⁸⁶.

Neste sentido, o autor exemplifica que “o sigilo das comunicações telefônicas somente pode ser suspenso, mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”⁸⁷.

Em arremate, Mendes ainda consigna que se direito individual e restrição são duas “categorias que se deixam distinguir lógica e juridicamente, então existe, a princípio, um direito não limitado, que, com a imposição de restrições,

⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB)*. 4ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 39.

⁸⁷ *Ibidem*.

converte-se em um direito limitado (*eingeschränktes Recht*)⁸⁸.

Ainda em sequência, ao citar Robert Alexy, Mendes infere que existe uma relação necessária entre direito individual e a ideia de restrição, estabelecida pela “necessidade de compatibilização entre os direitos individuais e os bens coletivos”⁸⁹.

A Constituição da República de 1988 trouxe em seu arcabouço normativo a previsão de várias garantias, dentre elas a garantia do devido processo legal. Por se tratar de um vetor interpretativo que possui um âmbito alargado, Mendes destaca que “é difícil falar-se na proibição do uso da prova ilícita sem se referir ao devido processo legal”⁹⁰.

A linha de raciocínio acima exposta se pauta na compreensão de que as garantias processuais contempladas constitucionalmente, se fundamentam no princípio do devido processo legal.

Por isso, ao citar Rogério Lauria Tucci, Mendes afirma que a incorporação da “garantia do devido processo legal, de forma expressa no texto constitucional de 1988, juntamente com outras garantias específicas, acabou por criar uma situação de superafetação”⁹¹.

Assim, verifica-se a própria Constituição da República estabeleceu direitos aos cidadãos e, ao mesmo tempo, fixou restrições ao seu exercício. Logo, Mendes adianta que o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos está diretamente ligado com outros direitos e garantias fundamentais, “como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º,

88 *Ibidem.*, p. 40.

89 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 250, apud, MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 40.

90 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 386.

91 TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 84, apud, MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 385.

XII)⁹², assim como o “direito ao sigilo profissional (art. 5º, XIII e XIV), dentre outros”⁹³.

Desse modo, tem-se que a obtenção de provas ou de qualquer elemento informativo sem a observância dos preceitos constitucionais configura afronta direta ao princípio do devido processo legal. Isso ocorre na medida em que o processo deve seguir uma lógica razoável de instrução, a fim de evitar que todas as normas procedimentais sejam esvaziadas.

O Princípio da Inadmissibilidade das Provas obtidas por Meios Ilícitos

De acordo com o doutrinador Renato Brasileiro, a jurisprudência americana foi a precursora da teoria da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Destaca que, mesmo diante da inexistência de norma expressa na Constituição americana, a tese passou a ser “sustentada em decisões judiciais desde o Século XIX (caso *Boyd v. US*, de 1886), sob o argumento de que a regra das ‘exclusionary rules’ estaria implícita na Carta Política como forma de tutela dos direitos fundamentais nela previstos”⁹⁴.

A previsão da inadmissibilidade, no processo penal, das provas obtidas por meios ilícitos, foi contemplada, inicialmente, na Constituição da República Federativa do Brasil, que no seu artigo 5º, inciso LVI, estabeleceu como direito e garantia fundamental que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

Ao tratar sobre essa disciplina constitucional no direito comparado, Mendes pontua:

O art. 32 da Constituição portuguesa, por exemplo, estabelece que ‘são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 387.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ LIMA, Renato Brasileiro. *Op. cit.*, p. 587.

privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações⁹⁵.

Nesta mesma sistemática, com a reforma introduzida pela Lei nº 11.690/2008, o artigo 157 do Código de Processo Penal passou a estabelecer que:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultando às partes acompanhar o incidente⁹⁶. (grifo nosso).

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vide ADI 6.298) (Vide ADI 6.299) (Vide ADI 6.300) (Vide ADI 6.305)

Pela legislação acima transcrita, não restam dúvidas de que o ordenamento jurídico se preocupou em resguardar a proporcionalidade do trâmite processual penal, ou seja, a condenação não pode ser efetivada a qualquer preço.

Avena traz as seguintes ponderações:

A expressão *prova ilegal* corresponde a um gênero, do qual fazem parte três espécies distintas de provas: as **provas ilícitas**, que são obtidas mediante violação direta ou indireta da Constituição Federal; as **provas ilícitas por derivação**, que correspondem a provas que, conquanto lícitas na própria essência, se tornam viciadas por terem decorrido de uma prova ilícita anterior ou a partir de uma situação de ilegalidade; e por fim, as **provas ilegítimas**, assim entendidas as obtidas ou produzidas com ofensa a disposições legais, sem nenhum reflexo em nível constitucional. (grifo do autor)⁹⁷

Com efeito, a doutrina reconhece a existência das provas ilícitas e das

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 386.

⁹⁶ BRASIL. *Código De Processo Penal (Decreto Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 14 fev. 2023.

⁹⁷ AVENA, Norberto. *Op. cit.*, p. 450.

provas ilegítimas, as quais apresentam perspectivas diferentes. Entretanto, surgiram questionamentos sobre a possível subsistência desta diferenciação, visto que a parte final do art. 157 do Código de Processo Penal, acima citado, estabelece que seriam ilícitas as provas “obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Para Avena, essa diferenciação ainda existe, tendo em vista que “o mencionado art. 157 do CPP não pode ser interpretado literalmente, sob pena de ocorrerem verdadeiros paradoxos processuais”⁹⁸. Cita como exemplo a situação do magistrado que, ao inquirir uma testemunha isenta, esqueça-se de compromissá-la. Mesmo tendo violado o art. 203 do CPP, tal situação caracteriza uma mera irregularidade ou, no máximo, uma nulidade realtiva. Se o entendimento esposado fosse de que a violação a qualquer lei infraconstitucional conduz a ilicitude da prova, o referido depoimento deverá ser considerado ilícito e, portanto, desentranhado dos autos (mesmo havendo ausência absoluta de gravidade)⁹⁹.

Por isso, o autor acima mencionado propõe que essa referência no art. 157 do CPP (“ou legais”) deve ser entendida como “hipótese de violação indireta à Magna Carta, vale dizer, ofensa a dispositivo de lei cujo conteúdo reflita em garantia constitucional”¹⁰⁰.

Destaca-se que o ato ilícito é todo aquele praticado com a não-observância de uma regra de direito. Eugênio Pacelli e Douglas Fischer pontuam que a “ilicitude é una, no sentido de significar uma ofensa ao Direito como um todo” e, além disso, “a prática de um fato pode afetar bens ou direitos regulamentados em mais de um texto legislativo”¹⁰¹.

Assim, resta claro que tudo que for ilícito, será afastado pelo ordenamento

⁹⁸ *Ibidem*, p. 451.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 4 ed. rev. e atual. Até dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012, p. 313.

jurídico, na tentativa de se fazer um processo transparente e justo. Para Pacelli e Fischer¹⁰², a ilicitude supramencionada, poderá ser localizada nas seguintes fases de produção probatória: a) obtenção; b) produção; c) introdução e d) valoração pelo juiz.

Convém elucidar que a prova ilícita é apenas uma espécie de Prova Proibida, bem como a prova ilegítima também o é. Segundo Muccio, “é proibida toda prova que não é admitida pelo Direito. É a prova que não encontra agasalho no ordenamento jurídico; por isso mesmo por ele repelida”¹⁰³.

Exemplificando a prova ilícita, o jurista acima citado cita “uma confissão obtida mediante tortura enseja processo criminal contra o torturador, o mesmo sucedendo para o agente que grava, clandestinamente conversa telefônica entre terceiros”¹⁰⁴.

Ainda nessa linha, Avena lembra que são exemplos de provas ilícitas decorrentes de afrontamento direto do texto constitucional:

- a) Interceptação telefônica realizada sem ordem judicial, o que implica violação direta da garantia constitucional inserida no art. 5º, XII, da CF.
- b) Prova obtida mediante violação de correspondência lacrada, importando em violação direta da garantia constitucional inserta no art. 5º, XII, da CF.
- c) Busca e apreensão domiciliar sem ordem judicial, abstraídas as hipóteses de flagrante, desastre, socorro ou consentimento do morador, daí ocorrendo violação direta do art. 5º, X, da Carta Magna.¹⁰⁵

Conforme visto na redação do art. 157, *caput*, CPP, as provas ilícitas devem ser desentranhadas dos autos e, posteriormente, inutilizadas por decisão judicial (art. 157, § 3º). Mas esta previsão deve ser interpretada com muita cautela, conforme pontuado por Avena:

O impasse decorre do fato de que a aplicação rigorosa do dispositivo terá como consequência afastar **a possibilidade acenada há longo**

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ MUCCIO, Hidejalma. *Op. cit.*, p. 841.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ AVENA, Norberto. *Op. cit.*, p. 451/452.

tempo pela doutrina e pela jurisprudência acerca da utilização da prova ilícita em favor do réu (e, para alguns, também em prol da sociedade, quando se tratar de crimes muito graves) a partir de ponderações em torno do princípio da proporcionalidade, visto que, desentranhada e inutilizada a prova, não haverá como servir de base para formar a convicção do julgador.(grifo nosso)¹⁰⁶

Lado outro, as provas ilícitas por derivação são lícitas na própria essência, entretanto, decorrem exclusivamente de outra prova considerada ilícita, ou de uma situação de ilegalidade. Avena assinala que se trata da “aplicação da teoria norte-americana dos Frutos da Árvore Envenenada (*fruits of the poisonous tree*), segundo a qual o defeito existente no tronco contamina os frutos”¹⁰⁷.

Em verdade, as provas ilícitas produzidas possuem caráter vinculante, na medida em que podem atingir as provas delas decorrentes. A teoria dos frutos da árvore envenenada, também conhecida como teoria da ilicitude derivada ou, ainda, teoria da mácula (*taint doctrine*), está prevista no art. 157, §1^a, do CPP¹⁰⁸, conforme redação dada pela Lei nº 11.690/2008.

Inobstante isso, Mendes acrescenta que a referida teoria é “objeto de mitigação em razão de o seu alargamento ter o condão de produzir um quadro de impunidade”¹⁰⁹, sob o argumento de que “em alguns casos, toda a persecução pena restará obstada pelo simples fato de que o conhecimento inicial da infração se deu por meios ilícitos”¹¹⁰.

Por seu turno, Avena salienta que a teoria da ilicitude derivada não é absoluta, na medida em que existem outras teorias que disciplinam algumas exceções, tais como a limitação da fonte independente (aquela que por si só seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova), a limitação da descoberta inevitável (a prova seria, inevitavelmente, descoberta por meios legais), e a limitação da

¹⁰⁶ AVENA, Norberto. *Op. cit.*, p. 453.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 455.

¹⁰⁸ Art. 157, § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 27 jun. 2017, às 17h00min.

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 388.

¹¹⁰ *Ibidem*.

contaminação expurgada (apesar de já estar contaminado um determinado meio de prova em face da ilicitude da prova, um acontecimento posterior expurga esta contaminação, permitindo o aproveitamento da prova)¹¹¹.

Acerca do assunto, poderia surgir o questionamento sobre o real motivo que ensejou o desenvolvimento de tais teorias, entretanto, verifica-se que o fundamento está pautado em critérios objetivos. Em verdade, não haveria razão para se proibir a utilização de uma prova que, por si só, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova, tampouco àquelas obtidas de forma inevitável. Nessa linha, também não há motivos razoáveis para se impedir a utilização de uma prova que teve sua ilicitude expurgada.

É preciso lembrar que o processo se pauta na observância de vários princípios, dentre eles, o da celeridade. Assim, se um ato pode ser aproveitado de alguma forma, não há razões para retirá-lo totalmente do processo, sob pena de postergar o provimento jurisdicional e, mesmo assim, ficar apenas com a impunidade.

Registra-se, ainda, que essa situação deve ser analisada caso a caso, com a necessidade de se considerar o princípio da proporcionalidade, como vetor de ponderação.

O Princípio da Proporcionalidade

Antes de iniciar os estudos sobre a possibilidade de mitigação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, é preciso tecer alguns comentários sobre o princípio da proporcionalidade, a fim de compreender toda sistemática instalada sobre o tema.

Conforme lição do jurista Luís Roberto Barroso¹¹², a doutrina e a jurisprudência, tanto na Europa continental quanto no Brasil, não costumam

111 AVENA, Norberto. *Op. cit.*, p. 456/457.

112 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 224.

fazer distinção entre os termos proporcionalidade e razoabilidade.

Em relação aos fundamentos do princípio da proporcionalidade, Mendes leciona que existem divergências, na medida em que:

Vozes eminentes sustentam que a base do princípio da proporcionalidade residiria nos direitos fundamentais. Outros afirmam que tal postulado configuraria expressão do Estado de direito, tendo em vista também o seu desenvolvimento histórico a partir do Poder de Polícia do Estado. Ou, ainda, sustentam outros, cuidar-se-ia de um postulado jurídico com raiz no direito suprapositivo.¹¹³

A propósito, Dimoulis e Martins apontam que o vínculo do legislador aos direitos fundamentais, isto é, “sua obrigação de observá-los e respeitá-los aos estatuir regras gerais e abstratas, está intimamente ligado ao surgimento da ideia de proporcionalidade no direito constitucional”¹¹⁴. Ainda, “os direitos fundamentais representam, ao garantir a liberdade individual, verdadeiros óbices à ação do Estado que se dá em razão de interesses coletivos”¹¹⁵.

O princípio da proporcionalidade, no âmbito penal, supõe desenvolver os subprincípios da necessidade (*Erforderlichkeit*) e da adequação (*Geeignetheit*)¹¹⁶.

Assim, em relação à apuração da adequação, Mendes lembra que ela “exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos”¹¹⁷. De nada adiantaria adotar determinada postura que fosse inadequada para os fins almejados, ainda mais quando se estaria diante da relativização de bens jurídicos.

Quanto à necessidade, deve ser aferido se tal medida é realmente o meio menos gravoso para a obtenção do fim previsto, considerando que outras formas podem ser aplicadas. Como ressalta Mendes, “nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos

¹¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 65.

¹¹⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op. cit.*, p. 160.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 160.

¹¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 73.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 75.

pretendidos”¹¹⁸. O subprincípio da necessidade revela que o interesse que se busca proteger seja realmente relevante para resultar na delimitação da esfera individual do cidadão.

Logo, para que seja aplicado o princípio da proporcionalidade, deve haver a verificação de dois subprincípios, acima detalhados.

Nessa esteira, Dimoulis e Martins concluem que para harmonizar o interesse individual com o interesse coletivo, as Constituições modernas impõem limites aos direitos fundamentais, que devem ser mais bem delineados pelo legislador¹¹⁹.

Quando se fala em princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, coloca-se em pauta, de um lado, a proteção privilegiada e qualificada aos direitos fundamentais, e, de outro, a satisfação, por parte do Estado, das necessidades da vida em comunidade.

A utilização da Prova Ilícita em favor do réu diante do Princípio da Proporcionalidade

Neste momento, chega-se à discussão sobre a possibilidade de mitigação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Aqui, não há que se falar na existência de traços característicos do direito penal do inimigo, visto que a relativização da ilicitude é justificada em benefício do agente delituoso.

Como se depreende das palavras de Mendes, “no direito português, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido como princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), foi erigido à dignidade de princípio constitucional”¹²⁰.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op. cit.*, p. 160.

¹²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 74.

Nesta mesma sistemática, o autor acima citado ainda salienta:

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.¹²¹

Ora, conforme visto no tópico anterior, as provas ilícitas são inadmissíveis no processo, constituindo limitação de índole constitucional (art. 5º, LVI) ao sistema do livre convencimento motivado, conferido ao magistrado.

Embora esta seja a sistemática processual penal fixada pelo constituinte originário e, posteriormente, confirmado pelo legislador infraconstitucional (na reforma de 2008), Avena pondera que “a doutrina e a jurisprudência majoritárias há longo tempo têm considerado possível a utilização das provas ilícitas em favor do réu quando se trata da única forma de absolvê-lo ou de comprovar um fato importante à sua defesa”¹²².

Para tanto, utiliza-se o princípio da proporcionalidade como instrumento de mensuração, visto que, “partindo da consideração de que nenhum direito reconhecido na Constituição pode revestir-se de caráter absoluto, possibilita que se análise, diante da hipótese de colisão de direitos fundamentais, qual é o que deve ser protegido pelo Estado”¹²³.

Para exemplificar, Paulo Rangel cita a situação de uma interceptação telefônica realizada pelo réu, sem autorização judicial, para provar sua inocência¹²⁴. Levando em consideração o princípio da proporcionalidade, ele pondera que “a liberdade de locomoção tem um peso maior diante do sigilo das comunicações telefônicas e, portanto, é razoável que se possa quebrá-lo com o escopo de resguardar a liberdade de locomoção do réu”¹²⁵.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² AVENA, Norberto. *Op. cit.*, p. 458.

¹²³ *Ibidem*, p. 458/459.

¹²⁴ RANGEL, Paulo. *Op. cit.*, p. 486.

¹²⁵ RANGEL, Paulo. *Op. cit.*, p. 487.

O autor acima mencionado ainda lembra que, na doutrina pátria, a situação estaria abarcada pela teoria da exclusão da ilicitude, na medida em que o réu estaria em “estado de necessidade”¹²⁶.

Ora, no exemplo citado pela doutrina, verifica-se que a prova produzida pelo réu é flagrantemente ilícita. De igual modo, o direito à liberdade do réu também é consagrado constitucionalmente, na medida em que não poderá sofrer uma condenação injusta.

Em arremate, Vicente Greco Filho aduz que:

[...] a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida, ainda que se sacrifique algum outro preceito legal. A norma constitucional de inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito vale, portanto, como regra, mas certamente comportará exceções ditadas pela incidência de outros princípios, também constitucionais, mais relevantes¹²⁷.

Avena faz importante consideração, aduzindo que não seria possível utilizar em favor do réu uma prova obtida mediante tortura, visto que essa prova não possui o mínimo de credibilidade¹²⁸.

Baseado nessa compreensão, Avena ainda lembra que essa situação de admissibilidade da prova ilícita em favor do réu encontra dificuldades práticas, na medida em que a nova redação conferida pela Lei nº 11.690/2008 ao art. 157 do CPP, interferiu significativamente nesse entendimento, especialmente sobre a obrigatoriedade de desentranhamento e inutilização das referidas provas¹²⁹.

De igual modo, Távora e Alencar pontuam que “na ponderação axiológica, a violação legal para produção probatória, quando estritamente necessária, só se justifica para manutenção do status de inocência”¹³⁰.

Além disso, Avena ainda destaca que “não se trata de considerar a prova

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, p. 56, 1995, apud, MUCCIO, Hidejalma. *Op. cit.*, p. 842.

¹²⁸ AVENA, Norberto. *Op. cit.*, p. 459.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 459.

¹³⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Op. cit.*, p. 579.

lícita ou ilícita porque usada em favor do réu. Persiste sua natureza ilícita, sendo apenas considerada como fator de convicção do juiz no intuito de evitar uma injustiça”¹³¹.

Quando a doutrina se posiciona pela possibilidade, restrita, de admissibilidade das provas ilícitas em favor do réu, está lecionando que seria inadmissível o mesmo raciocínio para as provas ilícitas em favor da sociedade.

Em razão da crescente criminalidade, caracterizada pelo aprimoramento de técnicas e organização da atividade criminosa, vem ganhando força o posicionamento de alguns doutrinadores, juristas e até mesmo da jurisprudência, que passam a relativizar o princípio ora em análise em favor da sociedade.

Ocorre que, inevitavelmente, surgem questionamentos sobre os reais motivos que ensejam tais posturas. Para alguns, os fundamentos justificadores da teoria do direito penal do inimigo, trabalhada por Jakobs, estaria presente. O próximo tópico será destinado a este assunto, que se tornou tão polêmico nos últimos anos.

A utilização da Prova Ilícita *pro societate* diante do Princípio da Proporcionalidade

É preciso que se diga, inicialmente, que a obrigação de aprimorar as técnicas de resolução de conflitos é atribuída ao Estado. Para que haja o êxito em uma instrução processual penal, é imprescindível que o arcabouço probatório seja robusto e que haja ferramentas para sua concretização.

Partindo dessa premissa, não seria aceitável, em primeiro plano, admitir a utilização de prova ilícita em favor da acusação, já que caberia ao Estado instrumentalizá-la. Nesse sentido, Távora e Alencar lembram que se é “sabido que algumas modalidades de atividade criminosa exigem um aparato

¹³¹ AVENA, Norberto. *Op. cit.*, p. 460.

de produção probatória mais eficiente, como a realização de interceptação telefônica, a quebra de sigilos, a infiltração de agentes”¹³², estas ferramentas devem ser utilizadas nos estritos limites da lei. Assim, não se justifica a quebra de garantias constitucionais, num Estado fora da lei, na busca do combate ao crime.

Inconsistências técnicas que se iniciam no Inquérito Policial, que, embora seja dispensável para a acusação, revela-se como um dos principais meios de obtenção de elementos de informação aptos a ensejar a deflagração da ação penal. Somente na instrução probatória, mediante a observância do contraditório e da ampla defesa, é que se poderá falar em “prova”.

Portanto, ainda que se tenha como ideal um processo penal linear, é preciso reconhecer que o ordenamento jurídico brasileiro ainda carece de aparato instrumental. De um lado, tem-se a presença do agente delituoso (detentor de direitos e garantias fundamentais), e, do outro, uma sociedade que clama por justiça e que também é detentora de direitos e garantias fundamentais (especialmente o direito que a vítima possui de obter uma resposta rápida e eficaz).

Conforme defendido por Douglas Fischer¹³³, à luz do garantismo penal integral:

Decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados. Integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam dignidade constitucional, sempre acorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles. Qualquer pretensão à prevalência in-

¹³² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Op. cit.*, p. 580.

¹³³ FISCHER, Douglas. *O que é o garantismo integral?*. Disponível em: < <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:6UV6VopFUeAJ:https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/download/77/66&cd=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> >. Acesso em 14 fev. 2023.

discriminada apenas de direitos fundamentais individuais implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos de garantismo monocular: evidencia-se desproporcionalmente e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos, o que, como visto, não é e nunca foi o propósito único do garantismo integral.

Como se depreende das palavras de Távora e Alencar, “a ponderação de interesses dá vazão a uma ampla fluidez e instabilidade de garantias, podendo visivelmente albergar arbítrios na concepção utilitária e maniqueísta”¹³⁴, que acaba contraponto os interesses sociais aos do réu.

Para os referidos autores, essa instabilidade acaba gerando um perigo imenso, “na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor”¹³⁵.

Nesse sentido, acrescentam os mesmos autores que:

É o que ocorre, normalmente, quando enfrentamentos os conhecidos “paradigmas do mal”, que justificam todo tipo de **medida de emergência, desde o endurecimento da legislação, à flexibilização de garantias**, numa verdadeira tolerância à ilegalidade da persecução penal pelo regime de intolerância, onde o Estado acaba equiparando-se ao infrator.(grifo nosso)¹³⁶

Em arremate, Leonardo Sica nota que:

Ao lidar com as angústias mais prementes da população, o legislador penal, desidiioso ou astuto e **desobrigado de atender qualquer desígnio de Política Criminal (inexistente)**, cede à tentação populista de oferecer o Direito Penal como panaceia de todos os males que a afligem.(grifo nosso)¹³⁷

Depreende-se dos excertos acima transcritos, que medidas de emergências são adotadas como forma de “satisfazer os anseios da população”, que clama, diariamente, por uma atuação mais ativa do Estado no controle da criminalidade.

¹³⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Op. cit.*, p. 580.

¹³⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Op. cit.*, 580.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: RT, 2002, p. 82, apud, TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Op. cit.*, p. 580/581.

Assim, Távora e Alencar deixam consignado que tal postura revela traços da teoria consagrada por Jakobs, vejamos:

A proporcionalidade invocada como capa da condenação acaba por remontar o discurso da possibilidade de exilar do manto constitucional algumas pessoas que, **pelo grau de periculosidade, devem ser tratadas como verdadeiras inimigas do Estado, não cidadãos, e portanto, à margem do núcleo básico de proteção aos direitos individuais.**(grifo nosso)¹³⁸

Para tais autores, invocar o princípio da proporcionalidade como forma de mitigação seria o mesmo que encampar os fundamentos estruturados por Jakobs.

Todavia, Avena faz importante ponderação, afirmando que na atualidade, “decorrendo a prática do crime, muitas vezes, da ação de organizações altamente especializadas, não se pode radicalizar a incidência do princípio da proporcionalidade a ponto de direcioná-lo, unicamente, aos interesses do réu”¹³⁹.

Merece destaque o exemplo utilizado por Avena para demonstrar a afirmação acima consignada:

Imagine-se, por exemplo, a hipótese de um agente policial, infiltrado em organização criminosa voltada ao tráfico de drogas (crime de mal coletivo), valendo-se da confiança nele depositada pelo líder da associação e do fato de ter acesso às dependências de sua residência em razão dessa confiança, venha a conseguir registrar, a partir de equipamento eletrônico clandestinamente acoplado em dita casa, a prova capaz de comprovar seu envolvimento na prática de crimes.

A propósito, conclui:

Ora, não há dúvidas de que, considerada a letra fria do texto constitucional, essa prova importaria em violação à intimidade e no consequente afrontamento da regra inscrita no art. 5º, X, da CF, pouco importando se há ou não há a ordem judicial prevista no art. 10, caput, da Lei nº 12.850/2013 (que regulamenta os procedimentos de investigação do crime organizado), pois, afinal, a proteção constitucional à intimidade prevista no rotulado inciso X não é ressalvada pela possibilidade de autorização judicial, diferentemente do que ocorre com o sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, da CF). **A despeito dessa ilicitude que se afigura, contrariando a posição jurisprudencial do-**

¹³⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Op. cit.*, p. 581.

¹³⁹ AVENA, Norberto. *Op. cit.*, p. 460.

minante, não vemos razão plausível para que tal prova não possa ser usada visando à condenação do traficante, possibilitando sua segregação como forma de preservar o interesse público maior, qual seja o de evitar a disseminação do uso de drogas em decorrência das ações por ele perpetradas. (grifo nosso).¹⁴⁰

Em arremate, Avena pondera que “o processo penal é acromático e tem como maior objetivo a descoberta da verdade”¹⁴¹, sendo que a “necessidade de estabelecer a prevalência da segurança da sociedade, também prevista no art. 5º, *caput*, da CF, faz com que deva ser admitida, também contra o réu, a prova ilícita quando o interesse público o exigir”¹⁴², a fim de evitar a impunidade de criminosos.

Ademais, o jurista mencionado ainda destaca que:

A admissão excepcional da prova ilícita *pro societate*, quando ausente outra forma de alcançar a responsabilização penal nos crimes de mal coletivo (frisa-se: apenas neste caso e observadas as peculiaridades da prova), parece justificar-se ainda em questões relacionadas às chamadas “prevenção geral e prevenção especial” – a primeira, sustentada na circunstância de que a ameaça quanto à possibilidade de uso de provas ilicitamente obtidas já consistiria, por si, em espécie de advertência para que os integrantes do grupo social se abstivessem da prática de crimes; já a segunda, dirigida ao delinquente em particular que tenha sido condenado a partir de um critério menos rigoroso de aceitação das provas, para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais. (grifo nosso).¹⁴³

Em consonância com o atacado, Denilson Feitoza Pacheco leciona que:

Em situações extremas e excepcionais se pode admitir a utilização de prova ilícita *pro societate*, pois, do contrário, o Estado estaria sendo incentivado a violar direitos fundamentais, o que iria frontalmente contra a própria noção de provas ilícitas, que foram originalmente idealizadas e instituídas exatamente para dissuadir o Estado de violar direitos fundamentais. O princípio constitucional da legalidade, por sua vez, também não se prestaria a esse intento, pois sua função precípua de defesa é a de garantir direitos fundamentais em face do Estado e não o contrário.¹⁴⁴

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 461.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ AVENA, Norberto. *Op. cit.*, p. 461.

¹⁴⁴ PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 4 ed. Niterói. Impetus, 2006, p. 553, apud, TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Op. cit.*, p. 581.

No mesmo sentido, Barbosa Moreira esboça que a aplicação do princípio da proporcionalidade também autoriza a utilização de prova ilícita em favor da sociedade, como, por exemplo, “nas hipóteses de criminalidade organizada, quando esta é superior às Polícias e ao Ministério Público, restabelecendo-se, assim, com base no princípio da isonomia, a igualdade substancial na persecução criminal”¹⁴⁵. Em sua concepção:

O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. E fora de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é o da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o ‘poderoso chefe’ local.¹⁴⁶

Consoante crítica assinalada por Renato Brasileiro, embora existam opiniões favoráveis quanto a admissibilidade das provas ilícitas *pro societate* com base no princípio da proporcionalidade, a análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios não autoriza essa conclusão¹⁴⁷. Lembra o referido autor, outrossim, que prevalece o entendimento no sentido de que:

Admitir-se a possibilidade de o direito à prova prevalecer sobre as liberdades públicas, indiscriminadamente, é criar um perigoso precedente em detrimento da preservação de direitos e garantias individuais: não seria mais possível estabelecer-se qualquer vedação probatória, pois todas as provas, mesmo que ilícitas, poderiam ser admitidas no processo, em prol da busca da verdade e do combate à criminalidade, tornando letra morta o disposto no art. 5º, LVI, da Constituição Federal.¹⁴⁸

Assim, não restam dúvidas de que a temática é pauta de inúmeras críticas feitas pela doutrina, que se coloca sob diversos prismas. De um lado, para fixar a total impossibilidade de mitigação do princípio da inadmissibilidade das provas

¹⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Revista Forense, v. 337, p. 128, apud, LIMA, Renato Brasileiro. *Op. cit.*, p. 606.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 606.

¹⁴⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. cit.*, p. 607.

¹⁴⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. cit.*, p. 607.

ilícitas *pro societate*, e de outro lado, para admiti-la excepcionalmente.

Mas, não é apenas a doutrina que vem apresentando hipóteses de mitigação do referido princípio, na medida em que a jurisprudência também vem desenvolvendo, ainda que indiretamente, essa possibilidade.

Em um caso concreto, o STF aplicou o princípio da proporcionalidade no contexto de produção de prova. O acórdão a ser apreciado foi o proferido na Reclamação nº 2.040-1¹⁴⁹, julgado em 21/02/2002. Após confirmar que foi vítima de crime sexual, perpetrado por um dos policiais federais que faziam sua custódia, foi instaurado procedimento inquisitorial para apurar as circunstâncias da gravidez de uma extraditanda. Mesmo diante do consentimento dos policiais investigados em fornecer o material genético para o exame de DNA, a extraditanda recusou-se a tal procedimento, sendo, então, determinada a coleta da placenta com o nascimento da criança.

Assim, a extraditanda ajuizou Reclamação perante o STF, que, por maioria, conheceu o quanto pleiteado, por existir colisão entre os direitos fundamentais, pois de um lado estava a intimidade da gestante e, de outro, a honra e a imagem dos policiais envolvidos. Entendeu o Pretório Excelso que, diante do número de envolvidos, cuja honra estava em causa, bem como o interesse público na apuração da verdade, deveria ser deferido a autorização

149 RECLAMAÇÃO Nº 2040. EMENTA: Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante. (Rcl 2040 QO, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2002, DJ 27-06-2003). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87540>>. Acesso em 14 fev. 2023.

para a utilização da placenta para o exame de DNA.

Neste caso, verifica-se que o STF mitigou o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, tendo em vista que a extraditanda não havia autorizado a utilização da placenta. Entretanto, diante do critério da proporcionalidade, o interesse público prevaleceu na resolução do caso concreto.

Além disso, o próprio STJ tem julgado reconhecendo que o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita não tem caráter absoluto, vejamos:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. “HABEAS CORPUS”. ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. REU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACHA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIARIA, **NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PRÓPRIOS DO HOMEM LIVRE PARA TRANCAR AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA. O INCISO LVI DO ART. 5. DA CONSTITUIÇÃO, QUE FALA QUE ‘SÃO INADMISSÍVEIS AS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO’, NÃO TEM CONOTAÇÃO ABSOLUTA. HA SEMPRE UM SUBSTRATO ÉTICO A ORIENTAR O EXEGETA NA BUSCA DE VALORES MAIORES NA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE.** A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, QUE É DIRIGENTE E PROGRAMÁTICA, OFERECE AO JUIZ, ATRAVÉS DA ‘ATUALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL’ (VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG), BASE PARA O ENTENDIMENTO DE QUE A CLAUSULA CONSTITUCIONAL INVOCADA É RELATIVA. A JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA, MENCIONADA EM PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO É TRANQUILA. SEMPRE É INVOCÁVEL O PRINCÍPIO DA ‘RAZOABILIDADE’ (REASONABLENESS). O ‘**PRINCÍPIO DA EXCLUSÃO DAS PROVAS ILÍCITAMENTE OBTIDAS**’ (EXCLUSIONARY RULE) TAMBÉM LA PEDE TEMPERAMENTOS. ORDEM DENEGADA. (STJ, HC 3982 RJ 1995/0053161-5, Relator Ministro Adhemar Maciel, 6ª Turma, Julgado em 05/12/1995, Publicação 26/02/1996). (grifo nosso)¹⁵⁰.

Na mesma linha, deve ser citado o caso relativo à tentativa de fuga de presos considerados perigosos de estabelecimento penitenciário, no qual a correspondência dos presos foi violada, sem prévia autorização judicial (nos termos do art. 41, parágrafo único da Lei de Execução Penal¹⁵¹). Após a

150 Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548539/habeas-corporus-hc-3982>>. Acesso em 14 fev. 2023.

151 Art. 41. Constituem direitos do preso. [...] XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. [...] Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em 14 fev. 2023.

violação, foi descoberto o plano de fuga, assim como o objetivo de sequestrar um Magistrado. Após o questionamento da defesa sobre a ilicitude da prova obtida sem previa autorização judicial, o STF concluiu do seguinte modo, *in verbis*:

HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVANCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO

-A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contem a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei

-A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal

-A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

-O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus. (STF, 1ª Turma, HC 70.814/SP, Rei. Min. Celso de Mello, DJ 24/06/1994) . (grifo nosso).¹⁵²

A partir deste julgado, é possível verificar que a preservação da ordem pública (neste caso, a vida do Juiz de Direito e a segurança do presídio) pode, excepcionalmente, justificar a violação das correspondências dos presos. Em relação a este julgado, Antonio Scarance Fernandes esclarece que:

A proporcionalidade é verificada entre duas normas constitucionais de natureza material: a proteção ao sigilo da correspondência, superada pela necessidade de ser preservada a segurança do presídio e a vida do juiz de direito; aqui, a prova obtida não será considerada ilícita e, por isso, não há afronta à regra de sua inadmissibilidade no processo. Em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo

¹⁵² Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748560/habeas-corporus-hc-70814-sp>>. Acesso em 14 fev. 2023.

de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada.¹⁵³

Posteriormente, o Pleno do STF decidiu sobre a excepcionalidade da medida:

Objecção de princípio — em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal - à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou — em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal - pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte — **salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável** — a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a *posteriori* ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência. (STF, Pleno, HC 79.512/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/05/2003 p. 92). (grifo nosso).¹⁵⁴

Em sequência, merece destaque outro julgado do STJ, que deixa claro o entendimento esposado pela Corte no sentido de reconhecer a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, assim como destacar que os direitos e garantias, fixados pelo ordenamento jurídico, não são absolutos.

HABEAS CORPUS - ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - FALSIDADE IDEOLÓGICA - DOCUMENTO FALSO - DESCAMINHO - EVASÃO DE DIVISAS - LAVAGEM DE DINHEIRO - CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - CONDENAÇÃO - PRISÃO PREVENTIVA - PROVAS ILÍCITAS - TEORIA DOS FRUITS OF THE POISONOUS TREE - NÃO APLICAÇÃO - AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO ENTRE OS PROCEDIMENTOS PROBATÓRIOS - TEORIA DAS EXCLUSORY RULES - INCIDÊNCIA - CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS - ILICITUDE DAS PROVAS POR DERIVAÇÃO - NÃO COMPROVAÇÃO - DILAÇÃO PROBATÓRIA - VEDAÇÃO EM HABEAS CORPUS - ART. 387, § 1º, DO CPP - OBEDIÊNCIA - REQUISITOS ART. 312 DO CPP - CUMPRIMENTO - GRAVIDADE CONCRETA - FUGA - FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE - HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

¹⁵³ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 33 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 87/88, apud, LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. cit.*, p. 607.

¹⁵⁴ Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/publicacaotematica/vertema.asp?lei=1324>>. Acesso em 14 fev. 2023.

[...]

7 - Na lição de Celso de Mello “**não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo por que razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.** O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - **permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (...)**” - (MS n. 23.452/RJ, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 12.5.2000).

[...]

8 - **A mitigação das regras de exclusão da prova, no entendimento da Suprema Corte pátria, se justifica pelo princípio da proporcionalidade, que sempre se referencia em sede de interpretação e aplicação de normas penais e processuais penais. Razoável, portanto, o afastamento do caráter absoluto das regras de exclusão da prova “em razão de seu alargamento ter o condão de produzir um quadro de impunidade, tendo em vista que, em alguns casos, toda a persecução penal restará obstada pelo simples fato de que o conhecimento inicial da infração se deu por meios ilícitos.”** (HC n. 91.867/PA, Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2T, DJe 20.9.2012).

¹⁵⁵[...] (HC 148178 PR 2009/0184719-5, 6ª Turma, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe 05/12/2013).(grifo nosso).

Da acurada leitura dos excertos jurisprudenciais acima colacionados, nota-se que o tema ainda está longe de se tornar pacífico. Tal cautela se fixa nos preceitos consagrados pela Constituição da República de 1988, que elevou ao patamar de “fundamental” vários direitos individuais.

Contudo, também não é prudente reconhecer que esses direitos fundamentais são absolutos, sob pena de comprometer a resposta efetiva do estado. Assim, caminha a jurisprudência no sentido de agir de forma proporcional, analisando o caso concreto e as características que permeiam a discussão.

¹⁵⁵ Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24737108/habeas-corpus-hc-148178-pr-2009-0184719-5-stj>>. Acesso em 14 fev. 2023.

Ocorre que, a nova forma de se enxergar o “princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos”, à luz de uma postura mais flexível, gera vários questionamentos, em especial, o novo tratamento dispensado a esses “inimigos do Estado”.

Terminologia que não é estranha a este trabalho, os “inimigos” são vistos por Günther Jakobs como pessoas perigosas à segurança nacional, distanciando-se, completamente, da concepção de “cidadãos”.

Verificou-se, no início deste trabalho, que o direito penal do inimigo possui como característica o modelo de direito penal do autor, no qual se responsabiliza o agente pelo que “ele é”, e não pelo que “ele fez” (modelo do direito penal do fato). O “inimigo” é uma preocupação para o futuro, por isso é admitida a flexibilização de vários princípios, dentre eles o da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Entretanto, não restam dúvidas de que essa teoria não é aceita pelo atual ordenamento jurídico do Brasil, na medida em que o agente delituoso é punido pelo fato que cometeu, não pela pessoa que é.

Mas, será que as posturas doutrinárias, legais e jurisprudenciais acima expostas, revelam traços característicos do Direito Penal do Inimigo? A resposta para tal pergunta deve ser formulada a partir da compreensão de que, para que esteja caracterizada a proposta de Jakobs, alguns parâmetros devem ser seguidos.

Conforme já explanado no primeiro capítulo, Francisco Munõz Conde delinea, de forma clara e concisa, os vetores da teoria, repita-se: a) Aumento da gravidade das penas para além da ideia de proporcionalidade; b) Abolição ou redução ao mínimo das garantias processuais do imputado, tais como o direito ao devido processo, a não fazer declaração contra si próprio, à defesa técnica,

dentre outros; c) Criminalização de condutas que não implicam verdadeiro perigo para bens jurídicos concretos, adiantando a intervenção do Direito Penal, ainda antes da conduta chegar ao estado de execução de um delito.¹⁵⁶

Da acurada análise de tais vetores não restam dúvidas de que o posicionamento dos Tribunais Superiores e Estaduais, bem como as sugestões propostas pela doutrina, não parecem se amoldar às bases fundamentadoras da Teoria do Direito Penal do Inimigo.

Em relação ao primeiro vetor, o critério da proporcionalidade é o principal instrumento para se admitir a mitigação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas. Não se pretende aumentar, irrestritamente, as penas abstratas cominadas ao tipo penal. Pelo contrário, busca-se valorizar bens jurídicos de maior importância, conclusão que é concebida no caso concreto.

Quanto ao segundo vetor, também foi possível verificar que, em nenhum momento foi fixada a tese de que as garantias processuais deveriam ser abolidas ou reduzidas ao mínimo. Em verdade, partindo-se da compreensão de que nenhum direito fundamental é absoluto, é natural que, em determinado momento, alguns direitos entrem em colisão. Como forma de solucionar tal impasse é que se propõe a utilização do critério da proporcionalidade, analisado à luz dos subprincípios da necessidade e da adequação.

Por fim, quanto a criminalização de condutas que não implicam verdadeiro perigo para bens jurídicos concretos, também é notório que não se aplica ao raciocínio de admissibilidade de prova ilícita *pro societate*. Verificou-se que os juristas destacam a necessidade de estar caracterizada a excepcionalidade da medida, quando não há outra forma de solucionar a questão, assim como ser o bem jurídico de interesse de toda sociedade.

¹⁵⁶ CONDE, Francisco Munõz. *As origens ideológicas do Direito Penal do Inimigo*. Artigo publicado na Revista *Justiça e Sistema Criminal*. v. 3, n. 4. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011. Disponível em: <http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n.4.pdf>. Acesso em 13 jun. 2017, às 14h00min.

Não se pretende a proteção privilegiada de determinados “grupos”, pelo contrário, busca-se a proteção qualificada de toda sociedade, que sofre cada dia mais a impunidade. Nesse contexto, merece destaque a reflexão de Alexandre de Moraes, vejamos:

As liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Dessa forma, aqueles que, ao praticarem atos ilícitos, inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado.¹⁵⁷

Ademais, Muccio faz importante apontamento:

A seriedade da justiça, o respeito ao ordenamento jurídico e a dignidade da pessoa humana norteiam o preceito constitucional. Se de um lado há o interesse inequívoco do Estado na repressão, de outro há a indeclinável necessidade de se respeitar a dignidade da pessoa humana, com a observância de liberdades e garantias mínimas previstas não só na Constituição como em todo o direito positivo. Se a persecução penal não puder avançar por esbarrar nessas garantias mínimas de liberdade, a opção do Estado deve ser pela preservação dessas em prejuízo daquelas¹⁵⁸.

Mesmo não tendo sido verificado traços característicos do Direito Penal do Inimigo, a única forma de se mitigar a inadmissibilidade das provas ilícitas, até que não haja a reformulação do ordenamento jurídico (conforme proposto pelo Ministério Público Federal), é utilizando o princípio da proporcionalidade como técnica de mensuração.

Diante do caso concreto, cabe ao magistrado (diante do livre convencimento motivado), analisar quais são os bens jurídicos que estão em colisão, e, após analisar a adequação e necessidade da medida, decidir se cabe ou não a relativização de tal proibição.

¹⁵⁷ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 382-383, apud, AVENA, Norberto. *Op. cit.*, p. 462.

¹⁵⁸ MUCCIO, Hidejalma. *Op. cit.*, p. 842.

Não existe, no atual ordenamento jurídico, nenhuma fórmula pronta e acabada para solucionar tal impasse. Não é possível apontar uma técnica infalível para satisfaça as liberdades públicas e, ao mesmo tempo, a segurança do Estado e das Instituições.

Enfim, seja qual for a perspectiva analisada, o certo é que a legislação que está em vigor não está suprimindo todos os anseios da sociedade, que clama pela responsabilização das pessoas que praticam um fato penalmente relevante. Ainda que se inicie discussões acerca da necessidade de uma política criminal, revestida de complexos estudos sobre os criminosos, não se pode perder de vista que as mudanças já estão sendo apontadas (ainda que de forma tímida) pelos doutrinadores, juristas e demais operadores do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes de tecer os apontamentos finais desta pesquisa, é relevante notar que a matéria abordada neste estudo é bastante instigante, principalmente por envolver conteúdos tão sensíveis: os direitos e garantias fundamentais e a necessidade de proteção do Estado.

Considerando a crescente criminalidade que assola os dias atuais, bem como a necessidade de resposta estatal para tais condutas, importante tarefa é conferida aos operadores do direito, na medida em que as legislações em vigor nem sempre são suficientes para solucionar os impasses que surgem na prática. Inúmeros questionamentos são formulados sobre as liberdades públicas, especialmente quando se trata de processo criminal.

A Constituição da República de 1988 buscou limitar a atuação estatal, a fim de evitar possíveis abusos. Para tanto, conferiu aos cidadãos vários direitos e garantias individuais, dentre eles, a garantia do devido processo legal. Dentro desta exigência processual, encontra-se a proibição de admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, materializada no art. 5º, LVI, da CRFB e no art. 157 do Código de Processo Penal. Em verdade, o ordenamento jurídico se preocupou em resguardar a proporcionalidade do trâmite processual penal, ou seja, a condenação não pode ser efetivada a qualquer preço.

As provas ilícitas (produzida em desrespeito às normas de direito material) são espécies de provas proibidas, assim como as provas ilícitas por derivação (lícitas na própria essência, entretanto, decorrem exclusivamente de outra prova considerada ilícita, ou de uma situação de ilegalidade) e ilegítimas (produzida em desrespeito às normas de direito processual) também o são. Conforme visto, as provas ilícitas devem ser desentranhadas dos autos e, posteriormente, inutilizadas por decisão judicial (art. 157, § 3º, CPP).

Entretanto, o excesso de formalidade jamais poderá servir de justificativa para a impunidade, sob pena de se sufragar a essência do Estado Democrático de Direito, que também deve fornecer resposta rápida e eficaz às vítimas de crimes.

Nesta perspectiva, a teoria da ilicitude derivada não pode ser vista como absoluta, visto que existem outras teorias que apresentam algumas exceções, tais como a limitação da fonte independente, a limitação da descoberta inevitável, e a limitação da contaminação expurgada.

Não obstante isso, tanto a doutrina como a jurisprudência têm admitido a utilização da prova ilícita em favor do réu, haja vista ser inaceitável a condenação de um inocente. Neste caso, o direito de defesa e o valor da liberdade se sobrepõem a toda e qualquer norma processual.

Mas, a grande problemática gira em torno da possibilidade de utilização da prova ilícita em favor da sociedade. A crescente criminalidade organizada demanda maior atenção por parte do Estado, que muitas vezes fica limitado pelas “formalidades fixadas na legislação”. Não se quer afastar a importância dos parâmetros legais, todavia, enrijecer a instrução processual penal também não se revela razoável e proporcional.

Conforme fixado ao longo da pesquisa, os direitos fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto, diante da inevitável colisão que deles resulta. Não se pode afirmar, categoricamente, que determinado direito é mais importante que outro, visto que essa percepção deve ser obtida a partir da análise do caso concreto.

Por tais motivos, doutrina e jurisprudência apresentam postura diametralmente oposta a tais resistências, na medida em que vem sendo proposta, ainda que indiretamente, a mitigação do princípio da inadmissibilidade

das provas obtidas por meios ilícitos, à luz do princípio da proporcionalidade.

A total inadmissibilidade colocaria em risco a credibilidade dos mandados constitucionais de criminalização. No decorrer do estudo foi possível constatar posicionamentos favoráveis e contrários a tal mitigação. Para os que concordam, o fundamento utilizado é a inexistência de direitos absolutos e necessidade de equilibrar as liberdades públicas. Já os que discordam, apontam o perigo de admissibilidade, que colocaria em risco os direitos fundamentais fixados constitucionalmente e a possibilidade de abuso por parte das autoridades.

Para os que defendem a mitigação principiológica, a medida jamais deve ser tomada de forma desordenada, sem a observância de parâmetros. Ao contrário, trata-se de postura a ser adotada excepcionalmente, analisando o caso concreto. Tal ponderação é realizada à luz do princípio da proporcionalidade, que fornece as vertentes da adequação e necessidade.

Não se pode negar a existência clara de uma colisão: direitos individuais do agente investigado e direitos fundamentais da coletividade. Qual deve prevalecer? A resposta deve ser dada de acordo com o caso concreto, com base na compreensão de que nenhum direito é absoluto.

Mas os impasses não se limitam a isso. Essa possível “flexibilização de direitos e garantias individuais” causa inúmeros questionamentos, em especial, críticas que apontam a adoção da teoria do direito penal do inimigo, desenvolvido por Günther Jakobs. Essa teoria foi desenvolvida ao longo do primeiro capítulo, a fim de fornecer subsídios para a confirmação ou não da crítica aqui apontada.

A teoria desenvolvida por Jakobs acabou sendo criticada por vários operadores do direito, tendo em vista que sua proposta é bastante inflexível, esbarrando, assim, nos preceitos constitucionais. Para o estudioso, existem duas categorias distintas de seres humanos: os cidadãos comuns e os inimigos,

sendo que estes últimos devem ser rejeitados pelo Estado.

Por consequência, esses “inimigos” não seriam sujeitos de direitos, motivo pelo qual também não lhes seriam garantidas as benesses consagradas pela legislação, como a ampla defesa, contraditório, dignidade da pessoa humana, devido processo legal, constituição de defensor, acesso aos autos do Inquérito Policial, dentre outros.

Analisando os vetores propostos pela doutrina, que caracterizam a proposta de Jakobs, foi possível constatar que a mitigação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, na forma como vem sendo apresentada, não apresenta os referidos traços característicos, pelos seguintes motivos: a) o critério da proporcionalidade é o principal instrumento de mensuração; b) não se pretende abolir ou reduzir ao mínimo os direitos fundamentais, ao contrário, a intenção é solucionar os impasses que surgem com a colisão de tais direitos; c) necessidade de estar caracterizada a excepcionalidade da medida, quando não há outra forma de solucionar a questão, assim como ser o bem jurídico de interesse de toda sociedade.

Entende-se que a intenção dos estudiosos é conferir maior eficácia à instrução processual penal, todavia, é fundamental que se avalie todas as facetas envolvidas, em especial, a necessidade de resposta às vítimas e familiares.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. Processo Penal. 9ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
- _____. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>.
- _____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>..
- _____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2040. Relator Ministro Néri da Silveira. Julgamento em 21/02/2002. Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87540>>.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 70.814/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 01/03/1994. 1ª Turma. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748560/habeas-corpus-hc-70814-sp>>.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 79.512/RJ. Relator Ministro Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento 16/12/1999. Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000097479&base=base-Acordaos>>.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 3982 RJ 1995/0053161-5. Relator Ministro Adhemar Maciel. Julgamento em 05/12/1995, 6ª Turma. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548539/habeas-corpus-hc-3982>>.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 148178 PR 2009/0184719-5. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. Julgamento em 19/11/2013. 6ª Turma. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24737108/habeas-corpus-hc-148178-pr-2009-0184719-5-stj>>.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte geral. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 9 ed., Editora juspodivm: Salvador, 2015.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Curso de Direito Constitucional. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2 ed. Nova Fronteira.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 11 ed. Salvador. Ed. JusPodivm, 2019.

GOMES FILHO, Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice. Direito Penal: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: RT, 2007. v. 1.

GRECO, LUIS. Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo. Artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano VI, nº 7, 2005. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Volume único. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Campinas: Book-seller, 1997, vol. II.

MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado: parte geral. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB). 4ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MUCCIO, Hidejalma. Curso de Processo Penal. 2ª ed., ver. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 4 ed. rev. e atual. Até dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 10ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 3.

_____. Processo Penal. 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 1.

ZAFFARONI, E. Raúl. *et al.* Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. I.

Sobre a Autora

Indiara Monique Frizon Taparello

Especialista (Pós-Graduação Lato Sensu) em Direito Constitucional Aplicado e Direito Penal pela Faculdade Damásio. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Arnaldo Horácio Ferreira (UNIFAAHF). Assessora Técnico-Jurídica no Ministério Público do Estado da Bahia. Professora de Direito Constitucional no Centro Universitário Arnaldo Horácio Ferreira (UNIFAAHF).

Índice Remissivo

A

acusação 18, 32, 36, 37, 54, 55, 59, 62

análise 8, 9, 10, 15, 16, 21, 31, 33, 35, 52, 54, 59, 66, 70

C

cidadãos 11, 17, 22, 24, 25, 27, 28, 43, 55, 56, 65, 69, 71

criminalidade 14, 15, 21, 54, 56, 59, 69, 70

D

direitos humanos 11, 12

I

ilícitos 2, 8, 9, 10, 30, 39, 41, 42, 43, 44, 48, 49, 51, 61, 64, 65, 67, 69, 71

J

judicial 32, 33, 34, 42, 45, 47, 52, 57, 61, 62, 69

jurídico 9, 11, 12, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 28, 38, 39, 45, 47, 50, 55, 58, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 72

jurisprudência 9, 44, 48, 49, 52, 54, 59, 60, 64, 70

jusfilosóficos 8, 10, 11, 25, 26, 27, 30

L

legislações 69

legislador 12, 13, 31, 36, 38, 50, 51, 52, 56

M

métodos 15, 16

mitigação 8, 9, 29, 30, 42, 48, 49, 51, 57, 59, 60, 64, 66, 70, 71, 72

O

ordenamento 9, 11, 12, 19, 22, 28, 38, 39, 45, 46, 47, 55, 63, 65, 67, 68, 69

P

penal 2, 8, 10, 11, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 29, 30, 31, 33, 35, 37, 38, 41, 42, 43, 44, 45, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 58, 60, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 69, 70, 71, 72, 74, 75

periculosidade 24, 28, 57

política 14, 19, 22, 26, 68

princípios 8, 10, 14, 15, 17, 18, 21, 31, 38, 39, 49, 53,

55, 65, 74

prova 8, 9, 10, 18, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37,
38, 39, 40, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 53, 54, 55, 57, 58, 59,
60, 61, 62, 63, 64, 66, 69, 70, 74

punição 24, 29, 36

T

teoria 2, 8, 10, 13, 16, 17, 21, 24, 25, 26, 29, 44, 48,
53, 54, 56, 57, 58, 65, 70, 71, 75





AYA EDITORA
2023